شرح القانون المدنى

٣

العقود المسمّاة

المجلد الأول

عقد البيع

تأليف

الدكتور سليمان مرقس

رئيس قسم القانون المدنى بكلية الحقوق بجامعة القاهرة (سابقاً)

ورئيس قسم القانون بمعهد البحوث والدراسات العربية

١٩٦٨

عقد البيع

إهـــــــداء٢٠٠٦

ـحوم الدكتور/ علي حسين كرار

شرح القانون المدنى

٣

العقود المسماة

عقد البيع

تأليف

الدكتور سليمان مرقس
رئيس قسم القانون المدنى بكلية الحقوق بجامعة القاهرة (سابقاً)
ورئيس قسم القانون بمعهد البحوث والدراسات العربية

مطبعة النهضة الجديدة

١٩٦٨

مقدمة

١ - تمهيد - يشتمل التقنين المدنى الحالى الذى نفذ ابتداء من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ على باب تمهيدى وقسمين رئيسيين. وقد تضمن الباب التمهيدى قواعد تطبيق القانون وبيان الأشخاص وخصائصها وتعريف الأشياء والأموال وأنواعها ، وخصص القسم الأول للالتزامات أو الحقوق الشخصية ، والقسم الثانى للحقوق العينية الأصلية والتبعية . وجعل القسم الأول كتابين ، عرض فى أولها الأحكام العامة للالتزامات ، وتناول فى الثانى تنظيم العقود المسماة ، وقسمه الى أبواب رتب فيها هذه العقود بحسب المعقود عليه فى كل منها ، فجمع العقود التى يكون محلها نقل الملكية فى الباب الأول من هذا الكتاب ، والعقود التى ترد على المنفعة فى الباب الثانى منه ، والعقود التى ترد على العمل فى الباب الثالث ، وأفرد الباب الرابع للعقود الاحتمالية ، والباب الخامس لعقد الكفالة. أما عقدا الرهن الرسمى والرهن الحيازى فلم يتناولها المشرع فى الكتاب الثانى الخاص بالعقود المسماة وآثر أن يضمن أحكامهما الكتاب الرابع الخاص بالحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية نظراً لأن أهم أثر لهما هو انشاء حق عينى تبعى ، ولأن النصوص المتعلقة بهما قد قصد بها فى الغالب تنظيم أثر الحق العينى التبعى الناشىء من عقد الرهن لا تنظيم هذا العقد فى ذاته .

٢ - العقود المسماة والعقود غير المسماة - ولم يقصد المشرع بتنظيم هذه العقود المسماة عدم الاعتراف بغيرها ، بل ترك الحرية للمتعاقدين فى أن يعقدوا ما يشاؤون من عقود أخرى . وعلى ذلك فمن المسلم أن العقود من هذه الناحية نوعان : عقود مسماة وأخرى غير مسماة .

ومن أمثلة العقود غير المسماة العقد الذى تتعهد بموجبه دار النشر بطبع كتاب لمؤلف معين وتولى نشره وبيعه فى مقابل نصيب من أرباحه ، والعقد

الذى يلتزم بموجبه شخص القيام بعمل معين فى مقابل طعامه وسكناه ، والعقد الذى يضع أحد المستشفيات بمقتضاه عدداً من أسرته تحت تصرف كلية الطب لتمكينها من تعليم طلبتها ومن اجراء الأبحاث الطبية ، والعقد الذى يتعهد به شخص باتخاذ الاجراءات اللازمة لاثبات حق لشخص آخر فى مقابل أخذ نصيب معين من هذا الحق بعد الحكم بثبوته . . . الخ .

وليس فى الامكان حصر العقود غير المسماة ، لأن الالتزامات أو الحقوق الشخصية لا حصر لها ، ولأن مبدأ سلطان الارادة يسمح للأفراد أن ينشئوا ما يشاؤون من التزامات وأن يبرموا ما يريدون من عقود . وقد حاول بعض الشرح رد كل ما يتصور من عقود غير مسماة الى فصائل معينة بحسب طبيعة المعقود عليه[1] ، ولكن هذه المحاولة ان أدت الى تصنيف جميع العقود فانها لا تفيد حصرها بأى حال .

واذا كان المشرع قد نظم العقود المسماة وترك غيرها ، فانما يرجع ذلك الى كثرة تداول الأولى وما بلغته من أهمية عملية كبيرة وقت وضع التقنين. وليس ذلك بمانع من أن يبلغ بعض العقود غير المسماة مثل هذه الأهمية ، فيبرر ذلك تنظيمها تنظيما تشريعياً وادخالها فى عداد العقود المسماة[2]. وقد حدث ذلك فعلا فى التشريع المصرى الحديث بالنسبة الى عقدى التأمين والتزام المرافق العامة ، اذ كانا فى ظل التقنين المدنى الملغى من العقود غير المسماة، فنظمهما التقنين المدنى الحالى و جعلهما بذلك من العقود المسماة .

٣ — طبيعة الأحكام التى تنظم العقود المسماة وفائدتها العملية — متى نظم المشرع عقداً من العقود ، فانه يقصد بهذا التنظيم أولا تطبيق القواعد العامة على هذا العقد بنصوص صريحة توضح ما قد يكون فى هذا التطبيق من خفاء أو تبدد ما قد يثيره من شك ، وكثيراً ما يقصد المشرع

---

(١) بلانيول فى المجلة الانتقادية ١٩٠٤ ص٤٧٠ وما بعدها ،

(٢) انظر السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٣

بذلك أيضاً وضع أحكام خاصة يخرج بها فى شأن هذا العقد على حكم القواعد العامة خروجا تقتضيه طبيعة هذا العقد الخاصة .

فالمادة ٤٤٣ مدنى مثلا التى نصت على أنه « اذا استحق كل المبيع كان للمشترى أن يطلب من البائع :(١) قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت ، (٢) وقيمة الثمار التى ألزم المشترى بردها لمن استحق المبيع ، (٣) والمصروفات النافعة التى لا يستطيع المشترى أن يلزم بها المستحق وكذلك المصروفات الكمالية اذا كان البائع سىء النية، (٤) وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المشترى يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقاً للمادة ٤٤٠ ، (٥) وبوجه عام تعويض المشترى عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع » . هذه المادة ليست فى أكثر أحكامها الا تطبيقا للمادة ٢٢١ التى تنص على أن « يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به . . . » .

وقد أراد المشرع بهذا التطبيق أن يسهل بيان عناصر التعويض الذى يتعين الحكم به للمشترى عند نزع المبيع من يده لثبوت ملكيته للغير ، لأنه قدر أنه لو ترك حكم هذه الحالة للنص العام الوارد فى المادة ٢٢١ الذى يكتفى بذكر ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب فان حكم القانون فيما يتعلق بالكثير من عناصر التعويض لا يكون واضحاً وضوحا تاما . فاذا كان من الواضح مثلا أن المشترى يستحق قيمة المبيع ،فان فى تعيين الوقت الذى يجب أن ينظر اليه فى تقدير هذه القيمة خفاء ، اذ يحتمل أن يكون هذا الوقت وقت الاستحقاق كما يحتمل أن يكون وقت العقد ، وقد تختلف القيمة بين الوقتين اختلافا بيناً . ولأن قواعد التنفيذ بطريق التعويض تؤدى الى تقدير الضرر وقت وقوعه ،وهو فى حالتنا هذه وقت حصول الاستحقاق، رأى المشرع دفعا لكل لبس أن ينص على ذلك صراحة فى المادة ٤٤٣ .

وكذلك فيما يتعلق بالمصروفات النافعة التى أنفقها المشترى على المبيع قبل الاستحقاق ، فانه من المعلوم أنه يجوز له أن يطالب المستحق بجزء من هذه المصروفات يساوى ما زاد بسببها فى قيمة العين (المادة ٩٢٥) ، أما الجزء الباقى فلا يطالب به المستحق . ولكن يصح التساؤل عما اذا كان يرجع به على البائع أو لا يرجع . ووجه الخفاء فى ذلك أن البائع يلزم بقيمة المبيع وقت الاستحقاق ، أى بقيمته مقدرة بعد انفاق المصروفات النافعة عليه ، فتكون هذه المصروفات قد اندمجت فى قيمة المبيع ، ولا محل لعدها عنصراً متميزاً من عناصر التعويض .

ولكن الواقع أنه لم يندرج من المصروفات النافعة فى قيمة المبيع الا ما يساوى زيادة القيمة التى حدثت بسبب هذه المصروفات[1]. أما الجزء الباقى من هذه المصروفات فلم يدخل فى تقدير قيمة المبيع ولا يستطيع المشترى مطالبة المستحق به ، فيضيع عليه اذا لم يكن له أن يرجع به على أحد. ولكن لأن هذه الخسارة ما كانت تلحقه لولا استحقاق المبيع ، فانها تعتبر نتيجة مباشرة للاستحقاق ويلزم بها البائع ، وقد رأى المشرع أن يزيل ما فى هذا الشأن من خفاء بالنص على ذلك صراحة فى المادة ٤٤٣ (انظر أيضا المادة ٤٣٩ وهى تعتبر تطبيقا للمادة ٢٠٥ ، والمادة ٤٣٧ وهى تعتبر تطبيقا للمادتين ١٥٩ و ١٦٠) .

ومن أمثلة أحكام العقود المسماة التى أريد بها الخروج على الأحكام العامة ما ورد فى المادة ٤٤٣ ذاتها من أن المشترى يستحق الفوائد القانونية عن قيمة المبيع من وقت الاستحقاق . فان القواعد العامة تقضى بأن لا تستحق الفوائد القانونية الا من وقت المطالبة القضائية بها (المادة ٢٢٦) ، لكن المشرع رأى أن المشترى الذى استحق منه المبيع جدير بمزيد من الرعاية لأنه دفع الثمن رغبة فى الانتفاع بالمبيع ولأن البائع قبض الثمن وصار

(١) ولأنه يحق للمشترى مطالبة المستحق بهذه القيمة يجب عليه عند الرجوع على البائع بقيمة المبيع وقت الاستحقاق أن يستنزل منها زيادة القيمة الناشئة عن المصروفات النافعة .

من حقه أن يستغله ، فاذا نزع المبيع من يد المشترى فليس يكفى أن يعوض عنه بقيمته وقت الاستحقاق ولا أن يحكم له بالفوائد القانونية من وقت المطالبة بها بل يجب تقرير هذه الفوائد له من وقت حصول الاستحقاق . وفى هذا خروج على القواعد العامة اقتضاه ما ترتب على الاستحقاق من اختلال فى التوازن بين مركز كل من البائع والمشترى ، فوجب أن ينص عليه المشرع صراحة .

ومن أمثلة ذلك أيضاً مانصت عليه المادة ٤٥٦ فقرة أولى من استحقاق الوفاء بثمن المبيع فى المكان الذى سلم فيه المبيع ، فان حكمها يعتبر خروجا على حكم المادة ٣٤٧ — التى تقضى بأن يكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء — اقتضته المصلحة فى انتهاز فرصة اجتماع كل من البائع والمشترى فى المكان الذى يسلم فيه المبيع لاجراء الوفاء من الجانبين فى هذا المكان ذاته .

وكذلك المادة ٤٥٧ تعتبر خروجا على حكم المادة ٣٤٦ .

وسواء كان غرض المشرع من تنظيم العقود المسماة تطبيق القواعد العامة على هذه العقود أو الخروج على هذه القواعد بأحكام خاصة ، فالغالب فيه أن ينص على ما يعتقد أنه يمثل ارادة العاقدين من أحكام . ولذلك يعتبر الأصل فى الأحكام التى تنظم العقود المسماة انها مقررة او مفسرة لارادة العاقدين ، فيجوز الاتفاق على مايخالفها ، الا ما كان منها متعلقاً بالنظام العام.

وفائدة هذه الأحكام انها تسهل التعاقد ، من حيث انها تغنى العاقدين — كلما ارادوا ابرام عقد معين — عن المفاوضة فى تنظيم كل جزئية مما يترتب على هذا العقد أو مما يحتمل أن يقوم بشأنه من أوجه الخلاف بين العاقدين ، كما تغنيهم عن الاتفاق سلفاً على حلول مفصلة لجميع هذه المسائل — وبخاصة فى الحالات التى تكون فيها قيمة موضوع العقد ضئيلة — اذ يكفى أن يحيل العاقدان فى شأن ذلك كله صراحة أو ضمناً الى الأحكام التى قررها القانون ، فتصبح هذه الأحكام سارية عليهم فى تنظيم هذا التعاقد .

ومن شأن ذلك أن يسهل أيضاً مهمة القاضى ، اذ يغنيه الرجوع الى أحكام القانون — فى الحالات التى لا تكون فيها للعاقدين ارادة ثابتة — عن الاجتهاد فى افتراض ما قد تكون ارادتهما اتجهت اليه .

والواقع من الأمر أن أكثر الناس يميلون بطبعهم الى التواكل والى الاعتماد فى تنظيم معاملاتهم على نصوص القانون حتى ما كان منها مقرراً أو مفسراً أو مكملا للارادة ، وقلَّ منهم من يستعمل حريته فى الاتفاق على ما يخالف بعض هذه النصوص ، وندر أن يتفق العاقدان على ما يخالفها كلها جملة و تفصيلا[١] .

وبذلك تظهر الأهمية العملية لتنظيم العقود المسماة ولدراسة الأحكام التى وضعها لها المشرع فى الكتاب الثانى من التقنين المدنى الحالى .

٤ — **أهمية التفرقة بين العقود المسماة والعقود غير المسماة** — اذا عرض على القاضى نزاع متعلق بعقد مسمى ، تعين عليه أن يبحث عن الحكم الذى يطبقه على هذا النزاع — عند انعدام كل اتفاق أو عرف بشأنه — فى أحكام الكتاب الثانى من التقنين المدنى التى تنظم هذا العقد ، وأن لا يرجع الى القواعد العامة التى تضمنها الكتاب الأول الا اذا لم يوجد فى النصوص المخصصة لهذا العقد فى الكتاب الثانى نص يحكم هذا النزاع أما اذا كان النزاع المعروض على القاضى متعلقا بعقد من العقود غير المسماة، وجب البحث عن حكمه فى نصوص الكتاب الأول من التقنين المدنى مباشرة أى فى القواعد العامة للالتزامات[٢] .

---

(١) انظر فى ذلك رسالة الدكتور أحمد زكى الشيتى ، فى تكييف العقود، سنة ١٩٤٤ ص ٨٦ وما بعدها .

(٢) وقد يدق أحياناً تكييف العقد بأنه من العقود المسماة أو من العقود غير المسماة . والمعول عليه فى ذلك ليس تسمية العاقدين عقدهما بل توافر المقومات القانونية التى جعلها المشرع مميزة لعقد من العقود المسماة أو عدمه (السنهورى فى الوسيط جـ٤ نبذة ٢ ص ٥) .

وفى كلتا الحالين ، يجوز عند تعذر استخلاص الحل المنشود من طريق الأحكام العامة ، الرجوع فى ذلك أحيانا الى الأحكام الخاصة المتعلقة بعقد آخر واستنباط الحل منها بطريق مفهوم الموافقة أو القياس اذا توافرت شروطه . فيجوز مثلا من طريق القياس تطبيق بعض أحكام البيع على عقد الهبة كحكم بيع ملك الغير وحكم تسليم المبيع وملحقاته ، أو على عقد الايجار كالأحكام المتعلقة بزمان تسليم المبيع ومكانه وتحديد مقداره وبيان ملحقاته ، وذلك ولو لم توجد احالة صريحة على تلك الأحكام فى بابى الهبة والايجار .

٥ — العقود المركبة أو المختلطة — العقد المركب أو المختلط هو عقد واحد يحقق أغراضاً تهدف اليها فى العادة عدة عقود مختلفة ، كعقد الاقامة فى فندق ، فانه يحقق الأغراض التى يتوسل اليها عادة بعقود الايجار (فيما يتعلق بالغرفة) ، والعمل فيما يتعلق بالخدمة ، والبيع (فيما يتعلق بالطعام والشراب) والوديعة (فيما يتعلق بحفظ الأمتعة) . وكذلك العقد الذى يبرم بين صاحب المسرح وأفراد النظارة ، فانه يجمع بين الايجار (فيما يتعلق بالمقعد) وبين عقد المقاولة (فيما يتعلق بعرض التمثيل أو الغناء) .

والغالب امكان تحليل العقد المركب أو المختلط الى عدة عقود مسماة ، فتطبق عليه أحكام هذه العقود ، كل منها فى مثل ما وضع له ، فتطبق على العلاقة بين النزيل وصاحب الفندق أحكام الايجار فيما يتعلق باقامة النزيل فى الفندق ، وأحكام البيع فيما يقدم اليه من أطعمة وغيرها ، وأحكام الوديعة فيما يتعلق بالأمتعة التى يحضرها معه فى الفندق .

غير أنه اذا جمع العقد المركب بين عدة عقود تتباين أحكامها و تتزاحم فى المسألة الواحدة بحيث لا يمكن الجمع بينها فى تطبيقها ، تعين تغليب أحدهذه العقود على غيره وتطبيق أحكامه على العقد المركب .

وتطبيقاً لذلك حكم بأن العقد الذى يتم بين مصلحة التليفون وبين المشترك

معنا ليس عقد ايجار لآلة التليفون بل هو عقد مقاولة تعتبر آلة التليفون من أدوات تنفيذه . فاذا قطعت المصلحة المذكورة المواصلة التليفونية فليس للمشترك أن يطالب باعادتها من طريق دعوى استرداد الحيازة . ولا يغير من الأمر شيئا وجود الآلة المذكورة فى حفظ المشترك ومسئوليته عما يصيبها من تلف بفعله أو بفعل من هو مسئول عنهم[1] .

٦ ــ أهمية عقد البيع ــ يعتبر عقد البيع أهم العقود المسماة وأقدمها وأكثرها شيوعا .

ولم يسبق البيع فى الظهور عند الأمم المختلفة الا عقد المقايضة . فكان الشخص اذا أنتج ما يفيض عن حاجته من صنف معين وأعوزه صنف آخر يرى المصلحة فى أن يقايض غيره سلعة بأخرى . وسرعان ما بدت للناس صعوبة التعويل على المقايضة وحدها وذلك لاختلاف السلع وتفاوتها فى القيمة وتباين رغبات الناس فى كل منها ، فلجأوا الى اتخاذ سلعة معينة تقوم بها سائر السلع وتقبل مبادلتها بأى نوع من أنواع السلع الأخرى . ومن هنا نشأت النقود ، فحل البيع محل المقايضة ، وأصبح أهم أداة للتعامل والاتجار فى الأمم الحديثة ، لا يستغنى عن ابرامه أحد من الناس . بل ان كلا منا ليبرم فى كل يوم عدداً كبيراً من عقود البيع ، سواء باعتباره بائعاً أو مشتريا ، فنحن نشترى كل يوم ما يلزم لطعامنا وشرابنا ولباسنا وعلاجنا ، كما نشترى الجرائد والأقلام والكتب وغيرها من حاجيات الحياة . والتاجر الواحد يعقد فى كل يوم مئات من عقود البيع .

أضف الى هذا ما سيجىء من أن البيع تجتمع فيه خصيصتان تجعلانه

---

(١) مصر الابتدائية ١٣ اكتوبر ١٩٢٧ المحاماة ٨ ــ ٣٦١ ــ ٢٦ ، وانظر عكس ذلك شبين الجزئية ١٧ مايو ١٩٤٢ المجموعة ٤٣ ــ ٣٢٣ ــ ٢٣١ .

من الناحية القانونية يمثل طائفتين من العقود تعتبران أهم طوائف العقود جميعاً وهما طائفة العقود الناقلة للملكية وطائفة العقود الملزمة للجانبين .

لذلك تعين أن يعنى المشرع بعقد البيع فى مقدمة العقود المسماة. فخصص له الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثانى من التقنين المدنى الحالى (المواد من ٤١٨ الى ٤٨١) .

٧ — تنظيم عقد البيع فى التقنين الملغى وأهم التعديلات التى أدخلها عليه التقنين الحالى — كان التقنين المدنى الملغى ينظم البيع فى الفصل الأول من الباب الثالث المخصص للعقود المسماة . وقد خصه باحدى وعشرين ومائة مادة (من المادة ٢٣٥ الى المادة ٣٥٥) موزعة على سبعة فروع : الأول فى البيع بوجه عام والثانى فى العاقدين والثالث فى المبيع والرابع فى آثار البيع والخامس فى دعوى تكملة الثمن فى حالة البيع بغبن والسادس فى بيع الوفاء والسابع فى بيع الديون والحقوق المعنوية، وقد أوجزت المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين الحالى عيوب التقنين القديم فيما يتعلق بالنصوص الخاصة بالبيع ، فقالت ان التقنين القديم أدمج فى البيع بوجه عام أنواعا مختلفة من البيوع كان الأولى فصلها . فبيع ملك الغير وبيع الحقوق المتنازع فيها وبيع التركات والبيع فى مرض الموت وبيع النائب لنفسه قد تناثرت أحكامها متفرقة بين أحكام البيع، ولم ينفرد بمكان خاص الا بيع الوفاء وحوالة الحق.

أما البيع بوجه عام فلم يراع فيه التقنين القديم ترتيباً علمياً واضحاً . فقد خصص الفصل الأول لأحكام البيع، ولكنه لا يكاد يذكر شيئاً من هذه الأحكام، بل هو يعرف البيع ، ويذكر أركانه وأوصافه ، ويبين كيف يكون اثباته ، ويستعرض حالات معينة من (بيع الجزاف والبيع بالتقدير والبيع بشرط التجربة) ، ثم يقرر أن مصروفات العقد على المشتري ، وهذه هي المسألة

الوحيدة التى يمكن ادخالها فى أحكام البيع . أما المسائل الأخرى فمن الواضح أن العنوان الذى وضع لها لا يصدق عليها ، ثم ان كثيراً منها ليس الا تكراراً لا فائدة فيه للقواعد العامة ، كالاثبات والبيع المعلق على شرط أو المقترن بأجل والبيع التخييرى ، وفى الفصل الثانى الخاص بالعاقدين ذكر الأهلية والرضاء وخيار الرؤية ثم انتقل الى بيع المريض مرض الموت وبيع عمال القضاء وبيع النائب لنفسه . وظاهر أن هذا خلط لا مسوغ له بين أركان العقد وأنواع معينة من البيوع كان الواجب أن ينفرد كل نوع منها بمكان خاص ، كما أورد بيع ملك الغير فى الفصل الثالث الخاص بالمبيع ، وكان من الخير افراده بمكان خاص ، وخصص الفصل الخامس للغبن فى البيع وكان الأولى ألا ينفصل هذا الموضوع عن مكانه الطبيعى عند الكلام فى تقدير الثمن .

أما التقنين الحالى فقد قسم الفصل الخاص بالبيع الى فرعين تناول فى أولهما البيع بوجه عام ، وفى الثانى بعض أنواع البيوع كبيع ملك الغير وبيع الحقوق المتنازع عليها وبيع التركات والبيع فى مرض الموت وبيع النائب لنفسه . وقد اتبع فى الفرع الأول تقسيما أقرب الى المنطق ، فاستعرض فى ثلاثة أقسام رئيسية أركان البيع والتزامات البائع والتزامات المشترى ، وخص بالذكر من أركان البيع المبيع والثمن . أما المبيع فبعد أن قرر وجوب علم المشترى به (وهو ما يحل محل خيار الرؤية) استعرض فى شأنه حالات البيع بالعينة والبيع بشرط التجربة وبيع المذاق ، وذكر فى الثمن القاعدة الأساسية التى تقضى بأن يكون نقداً مقدراً أو قابلا للتقدير وفقاً لأسس معينة ثم استطرد الى الغبن على اعتبار أنه يرد قيداً على حرية المتعاقدين فى تقدير الثمن .

واستعرض التقنين الحالى بعد ذلك التزامات البائع وهى نقل الملكية والتسليم والضمان . فقرر فى الالتزام بنقل الملكية ما هى الأعمال التى يجب

أن يقوم بها البائع لتنفيذ هذا الالتزام،وكيف تنتقل الملكية فى الشىء المبيع جزافاً ، ثم استعرض حالة عملية كثيرة الوقوع ، هى البيع بثمن مقسط ، فبين متى يتم نقل الملكية فيها . وفى الالتزام بتسليم المبيع ، ذكر على أى شىء يقع التسليم ، ثم حدد طريقة التسليم ، ثم عرض لحالة هلاك المبيع قبل التسليم ، فبين على من تقع التبعة . وفى الضمان ميز ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية ، وبين فى كل منها متى يوجد الضمان وماذا يترتب عليه .

وقد استعرض التقنين الحالى أخيراً التزامات المشترى ، وهى دفع الثمن والمصروفات وتسلم المبيع . فقرر فى الالتزام بدفع الثمن ماالذى يدفعه المشترى ، وبين مكان الوفاء وزمانه ، ثم ذكر ما يترتب من جزاء على عدم الوفاء بالثمن، واقتصر فى الالتزام بدفع المصروفات على تقرير هذا الالتزام، وفى الالتزام بتسلم المبيع على تحديد الزمان والمكان اللذين يتم فيهما التسلم ومن الذى يتحمل نفقته .

وقد توخى المشرع فى التقنين الحالى ألا يقرر حكما يكون مجرد تطبيق للقواعد العامة الا اذا كان فيه شىء من الخفاء ، أو كان يحتاج الى تحديد ، أو كان من الأهمية العملية بحيث يحسن أن يسترعى له النظر . من ذلك تحديد الأعمال الضرورية لنقل الملكية (المادة ٢٤٨) ، ونقل الملكية فى الشىء المبيع جزافاً (المادة ٢٤٩) ، وبيان الطريقة فى تسليم المبيع (المادة ٤٣٥) ، وتبعة هلاك المبيع قبل التسليم (المادتان ٤٣٧ و ٤٣٨) ، والاتفاق على تعديل الضمان (المادة ٤٤٥ وما بعدها) ، وحبس الثمن (المادة ٤٥٧) ، وحبس المبيع (المادة ٤٥٩) ، وفسخ بيع المنقول لعدم الوفاء بالثمن (المادة ٤٦١) .

وقد أضاف المشرع الى نصوص التقنين القديم نصوصاً جديدة ، وحذف نصوصاً معقدة أو نصوصاً لا فائدة منها ، وعدل أحكاماً معينة ، وصحح أخطاء وقعت فى بعض النصوص .

فن النصوص التى استحدثها التقنين الحالى حكم البيع بالعينة (المادة ٤٢٠) ، وتقدير الثمن تبعا لأسس معينة أو وفقا للسعر المتداول فى التجارة (المادتان ٤٢٣ و ٤٢٤) ، والبيع بثمن مقسط (المادة ٤٣٠) ، وثبوت حق المشترى فى ضمان الاستحقاق ولو اعترف وهو حسن النية بحق المتعرض (المادة ٤٤١) ، وثبوت حق البائع فى التخلص من هذا الضمان اذا هو رد للمشترى ما دفعه للمستحق توقيا من استحقاق المبيع (المادة ٤٤٢) ، والتزام البائع فوق ضمان البيوع الخفية بضمان صلاحية المبيع للعمل (المادة ٤٥٥) .

ومن النصوص القديمة التى حذفت لأنها معقدة أو لا تعدو أن تكون مجرد تطبيق للقواعد العامة لا فائدة من ذكره النصوص الخاصة باثبات البيع وما يدخل عليه من الأوصاف (المواد ٢٣٧ و ٢٣٨ و٢٤٤)،وبأهلية كل من البائع والمشترى (المادتان٢٤٦و٢٤٧)،وبعيوب الرضاء(المادة٢٤٨)، وبالبيع للأعمى (المادة ٢٥٣) ، وبالشروط العامة لمحل الالتزام(المادة٢٥٩)، وبالأثر الرجعى للشرط (المادة ١٦٩) ، وبظهور العيب فى بعض الأشياء المبيعة دون البعض الآخر (المادتان ٣١٦ و٣١٧) ، وبحدوث عيب جديد فى المبيع بعد العيب القديم (المادة ٣٢٣) ، وبهلاكه بسبب عيب جديد أو بحادث قهرى (المادة ٤٠١ مختلط) .

ومن الأخطاء التى وقع فيها التقنين القديم وصححها التقنين الجديد ما يتعلق بتبعة الهلاك قبل التسليم فى البيع بالتقدير (المادة ٢٤١ قديم) ، وببيع المريض مرض الموت (المادتان ٢٥٥ و ٢٥٦) . وبنقل الملكية بالتسليم فى المنقول (المادة ٢٦٨ قديم)[1] .

---

(١) انظر فى ذلك كله المذكرة الايضاحية فى مجموعة الاعمال التحضيرية للتقنين المدنى الحالى ج ٤ ص ١ وما بعدها

٨ — *تقسيم دراسة عقد البيع* — وسنتبع الترتيب الذى اتبعه التقنين الحالى فى تنظيم هذا العقد ، فندرس فى القسم الأول الأحكام العامة لعقد البيع ونخصص فى هذه الدراسة بابا لأركان البيع ، وآخر لآثاره ، ثم ندرس فى القسم الثانى بعض أنواع البيع التى ميزها القانون بأحكام خاصة وهى بيع الوفاء وبيع ملك الغير وبيع الحقوق المتنازع عليها وبيع التركات والبيع فى مرض الموت وبيع النائب لنفسه .

القسم الأول

فى البيع بوجه عام

فصل تمهيدى

فى التعريف بالبيع وخصائصه

٩ — تاريخ عقد البيع — كان البيع عند الرومان يترتب عليه التزام البائع بتمكين المشترى من حيازة المبيع الحيازة الأصلية التى تثبت عادة للمالك ومن الانتفاع به انتفاعا هادئا ، ولم يكن يترتب عليه انتقال الملكية من البائع الى المشترى ، ولاحتى مجرد التزام البائع بنقل الملكية ، لأن الرومان كانوا يعتبرون أن الغرض من عقد البيع يتحقق بمجرد تمكين المشترى من حيازة المبيع حيازة أصلية لاعرضية وانتفاعه به دون تعرض من أحد ، ولم يكن انتقال ملكية المبيع الى المشترى فى نظرهم الهدف الرئيسى من عقد البيع، ولكن ليس معنى ذلك أنهم كانوا يعتبرون عقد البيع غير ذى صلة بانتقال الملكية بل انهم بالعكس من ذلك كانوا يأبون اعتبار العقد بيعاً اذا اتفق فيه على أن لاتنتقل الملكية الى المشترى ، فكان ذلك دليلا على أنهم يعدون انتقال الملكية من طبيعة العقد ولو أنه ليس من مستلزماته .

وبعبارة أخرى لم يكن يترتب على البيع انتقال الملكية ولا حتى التزام البائع بنقل الملكية ، ولكن كان يتنافى مع طبيعة البيع أن ينص فى العقد على أن يبقى البائع مالكا وأن لا تنتقل الملكية الى المشترى . فمتى مكن البائع المشترى من حيازة المبيع حيازة أصلية هادئة، فقد وفى بالتزاماته الناشئة من البيع ولم يكن للمشترى أن يطالبه بنقل الملكية أو بأى شىء آخر ما دام لم يتعرض له أحد فى حيازته ، الا اذا كان قد اتفق فى العقد صراحة على التزام البائع بنقل الملكية الى المشترى . ومتى وافق البائع على نقل الملكية — وسواء كان قد التزم بذلك صراحة فى العقد أولم يلتزم — كان لابد فى نقل

الملكية من اتباع اجراءات وأوضاع خاصة ، كالاجراء الشكلى المسمى الاشهاد mancipatio والتنازل القضائى in jure cessio والتسليم traditio .

وانتقلت فكرة البيع هذه من القانون الرومانى الى القانون الفرنسى القديم . غير أن الفرنسيين لم يستبقوا من الأساليب التى كان يمكن بها نقل الملكية بعدالعقد الا أسلوب التسليم . فكانوا يعتبرون أن الالتزام بالتسليم هو الالتزام الرئيسى فى عقد البيع ، ولكنه متى تم تنفيذه ترتب عليه انتقال الملكية الى المشترى ، أى أن قيام البائع بتسليم المبيع الى المشترى كان يعتبر وفاء بالالتزام بالتسليم وفى الوقت ذاته اجراء ناقلا الملكية الى المشترى ، بحيث لا يكون للمشترى بعد تسلمه المبيع أن يطالب البائع بشىء مادام لم يتعرض له أحد ، ولو كان البائع قد التزم صراحة بنقل الملكية اليه .

على أن العمل جرى فى القانون الفرنسى القديم على تسهيل انتقال الملكية من البائع الى المشترى باختزال اجراء التسليم الذى كان يترتب عليه هذا الانتقال بوجوه شتى انتهت به الى أن يصير تسليما صورياً ، ذلك بأن يستعاض فى نقل الملكية — عن التسليم الفعلى — بمجرد النص فى العقد على أن البائع قد تخلى عن المبيع وأن المشترى قد تسلمه clause de dessaisine-saisine

وقد لاحظ واضعو التقنين المدنى الفرنسى أن هذا النص قد شاع ادراجه فى جميع عقود البيع حتى صار شرطاً مألوفا لايخلو منه عقد clause de style وبالتالى أن انتقال الملكية أصبح يتم بمجرد انعقاد البيع ، فرأوا اقرار هذه النتيجة التى اتجهت اليها رغبة المتعاملين جميعاً والاستغناء عن الوسيلة القديمة التى اعتاد المتعاقدون أن يتوسلوا بها الى هذه النتيجة ألا وهى النص فى العقد على حصول التخلية والتسليم ، فافترض المشرع الفرنسى الحديث وجود هذا النص فى كل بيع ورتب على العقد انتقال الملكية فوراً ، اذ نص فى المادة ١١٣٨ على أن « الالتزام بتسليم شىء يتم بمجرد تراضى الطرفين

ويجعل الدائن مالكا . . . » ، أى أن التسليم الذى كان يترتب على حصوله فى عهد القانون القديم انتقال الملكية من المدين الى الدائن يعتبر حاصلا بمجرد التعاقد ، وبناء على ذلك يتم انتقال الملكية من وقت التعاقد .

١٠ — *تعريف البيع فى التقنين المدنى الفرنسى* — غير أن المشرع الفرنسى بالرغم من ذلك لم يتمكن من أن ينفض عن نفسه أثر الفكرة الرومانية نفضاً تاماً ، فبدا هذا الأثر واضحاً فى تعريفه البيع فى المادة ١٥٨٢ بأنه « اتفاق يلتزم بموجبه أحد العاقدين أن يسلم شيئاً ويلتزم العاقد الآخر أن يدفع الثمن » . وكان ينبغى بعد اقرار المبدأ الذى نص عليه فى المادة ١١٣٨ سالفة الذكر أن يعدل تعريف البيع بما يفيد أنه عقد ينقل الملكية أو على الأقل عقد ينشىء التزاماً بنقل الملكية ولا يقتصر على انشاء التزام بالتسليم .

على أن المادة ١٥٨٣ قد أوضحت الأمر وبددت كل شك فى قصد المشرع حيث نصت على « أن البيع يكون تاماً وأن الملكية تنتقل الى المشترى فى مواجهة البائع بقوة القانون من وقت الاتفاق على المبيع والثمن ولو لم يتم تسليم المبيع أو دفع الثمن » .

وبتقريب هذا النص من النص السابق عليه يتبين أنه ليس يكفى فى تعريف البيع القول بأنه اتفاق ينشىء التزاماً بتسليم شىء وأنه يجب تعريفه بأنه اتفاق ينقل ملكية شىء .

غير أنه يرد على هذا التعريف تحفظ يرجع الى أن بعض البيوع لا ينقل الملكية بل يقتصر على انشاء التزام بنقلها ، وذلك كبيع المثليات وبيع الأشياء المستقبلة .

١١ — *تعريف البيع فى الشريعة الاسلامية* — يعرف فقهاء الشريعة الاسلامية البيع بأنه مبادلة مال بمال ، فهم لا يفرقون بين البيع والمقايضة لأن البيع عندهم اما أن يكون بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق ، أو بيع

العين بالعين وهو المقايضة ، أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف ، أو بيع الدين بالثمن وهو السلم . وقد عرفته المادة ٣٤٣ من مرشد الحيران بأنه «تمليك البائع مالا للمشترى بمال يكون ثمناً للمبيع» .

وظاهر من ذلك أن تعريف الشريعة الاسلامية للبيع يفيد أن البيع ينقل الملكية بذاته ولا يقتصر على انشاء التزام بنقل الملكية أو التزام بتسليم المبيع . وهو بذلك أقرب الى أداء الفكرة الصحيحة عن البيع فى القانون الفرنسى الحديث من التعريف الذى نصت عليه المادة ١٥٨٢ مدنى فرنسى .

غير أنه يلاحظ على تعريف الشريعة الاسلامية البيع أنه لا ينطبق على بيع المثليات ولا على بيع الأشياء المستقبلة فى الأحوال التى يجوز فيها هذا البيع ، لأن المثليات المبيعة لا تنتقل ملكيتها الا بفرزها ، ولأن الأشياء المستقبلة لا تنتقل ملكيتها الا بعد وجودها ، فلا يترتب على البيع فى هاتين الحالتين سوى انشاء التزام بنقل الملكية .

١٢ — *تعريف البيع فى القانون المصرى* - تأثر المشرع المصرى بما وجه من نقد الى تعريف البيع فى كل من القانون الفرنسى والشريعة الاسلامية، فتفادى النقد الموجه الى تعريف القانون الفرنسى بأن جعل الالتزام الرئيسى الذى يميز عقد البيع ليس الالتزام بتسليم شىء بل الالتزام بنقل الملكية ، وتفادى النقد الموجه الى تعريف الشريعة الاسلامية فلم يعرف البيع بأية مبادلة أو تمليك ما دام هذا التعريف لا ينطبق على جميع البيوع بل عرفه فى المادة ٢٣٥ / ٣٠٠ من التقنين المدنى القديم بأنه «عقد يلتزم به أحد المتعاقدين نقل ملكية شىء للآخر فى مقابل التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما» .

وقد لوحظ على هذا التعريف أولا أنه يقصر محل البيع على ملكية الأشياء فقط فى حين أنه لا مانع من ورود البيع على أى حق مالى آخر غير

ملكية الأشياء ، كحق الانتفاع أو حق الارتفاق أو حقوق الدائنية أو حق الملكية الأدبية . فتدارك المشرع ذلك فى التقنين الحالى حيث عرف البيع فى المادة ٤١٨ منه بأنه « عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شيء أو حقا ماليا آخر فى مقابل ثمن نقدى » .

وظاهر أن هذا التعريف يمتاز على سابقه بأنه ينص صراحة على أن البيع يرد على أى حق مالى سواء كان حق ملكية شيء أو غير ذلك من الحقوق المالية ، وعلى أن الثمن الذى يلتزم به للمشترى يجب أن يكون مبلغاً من النقود ، والا فان العقد لا يعتبر بيعاً بل مقايضة .

ولكن يلاحظ على هذا التعريف وسابقه أنهما لا ينبئان عن أهم أثر يترتب على البيع فى القانون الحديث وهو انتقال الملكية بمجرد العقد مع أن التقنين الملغى قد نص صراحة على هذا الأثر فى المادتين ٩١ / ١٤٥ و٩٢ / ١٤٦ ، كما نصت عليه المادة ٢٠٤ من التقنين المدنى الحالى حيث قضت بأن الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل[1] .

ولعل ما حدا المشرع الى ذلك ملاحظته أن بعض البيوع لا يترتب

---

(١) أنظر فى معارضة هذه الملاحظة منصور مصطفى منصور فى البيع والمقايضة والايجار نبذة ٩ ص ١٤ ؛ السنهورى فى الوسيط ج ٤ هامش ص ٢٢ . وتقوم معارضتهما على أساس أن انتقال الملكية ليس أثراً للبيع بل هو أثر للالتزام بنقل الملكية الذى ينشئه البيع . وانظر عكس ذلك عبد المجيد الحكيم فى بحث له بعنوان هل يمكن أن يوجد التزام بنقل الملكية وهل يمكن أن يكون للالتزام أثر ، فى مجلة القضاء العراقية ، بغداد عدد حزيران ١٩٦٦ حيث يرى أن العقد هو الذى ينقل الملكية وأنه لا محل للقول بوجود التزام بنقل الملكية . ونرى أن كلا من هذين الفريقين نظر الى أحد نوعى البيع دون النوع الآخر ، فقد قلنا فى المتن أن البيع نوعان أحدهما ينقل بذاته الملكية بحيث لا يبقى فيه محل للقول بنشوء التزام بنقل الملكية ، والثانى لا ينقل بذاته الملكية فيترتب عليه التزام بنقلها . والأول هو الغالب أو الأصل . وكذلك وجدنا لو أن تعريف البيع بوجه عام ينبىء عن خاصية هذا الأصل أو النوع الغالب .

عليه هذا الأثر ورغبته فى وضع تعريف شامل جميع أنوع البيع . غير أن هذين السببين لا يبرران اهمال ذلك التحول العظيم الذى طرأ على آثار البيع فى القانون الحديث ، فقد صار الأصل أن يقصد بالبيع نقل الملكية فوراً الا فى بعض البيوع التى لا تسمح طبيعتها بذلك ، بل يمكن القول ان البيع قد صار فى القانون الحديث نوعين : أحدهما ينقل بذاته ملكية المبيع الى المشترى ، والثانى يقتصر على أن ينشىء فى ذمة البائع التزاما بنقلها .

١٣ — *خصائص عقد البيع* — يخلص مما تقدم أن البيع عقد رضائى، ملزم الجانبين ، وأنه عقد معاوضة ، محدد القيمة ، ناقل الملكية أو على الأقل منشىء التزاماً بنقل الملكية . وأنه عقد ينتج أثره حال حياة عاقديه أى أنه ليس من الأعمال القانونية المضافه الى ما بعد الموت .

١٤ — (ا) *عقد البيع عقد رضائى* — فهو عقد رضائى consensuel لأنه يتم بمجرد اتفاق الطرفين ، ولا يحتاج انعقاده الى أى اجراء شكلى ، أى أنه يتم بمجرد تبادل ارادتين متطابقتين أيا كانت طريقة هذا التبادل ، كتابة كانت أو مشافهة أو اشارة الخ .

ويستثنى من ذلك بيع السفن البحرية اذ اعتبره المشرع عقداً شكلياً ونص فى المادة ٣ من قانون التجارة البحرى على أن « بيع السفينة كلها أو بعضها اختيارياً يلزم أن يكون بسند رسمى سواء حصل قبل السفر أو فى أثنائه والا كان البيع لاغيا . . . . » .

واذا كان يغلب فى العمل تدوين عقد البيع فى محرر، فما ذلك، الا لاثبات التعاقد لا لابرامه ، أى ان المحرر يعتبر أداة اثبات فقط لا اجراء شكليا لازما لانعقاد العقد . فاذا كان العقد معترفا به فانه يعتبر له وجود قانونى ولو لم يكن ثابتا بالكتابة .

وينطبق ذلك حتى على بيع العقار ، فان تحتيم تسجيله وفقاً لقانون الشهر

العقارى يقتضى تدوينه فى محرر لأن التسجيل لا يرد على العمل القانونى فى ذاته negotium بل على المحرر المثبت له instrumentum وقد ثار الشك عقب صدور قانون التسجيل فى سنة ١٩٢٣ حول طبيعة التسجيل ، فظن البعض أن المشرع اعتبره ركنا شكليا فى عقد البيع وأنه اعتبر العقد غير المسجل بمثابة وعد بالبيع لا ينشىء الا التزامات شخصية . ولكن هذا الشك ما لبث أن تبدد وانعقد الاجماع على أن ذلك القانون لم يغير من طبيعة البيع الرضائية وأنه انما اشترط التسجيل لنقل الملكية فحسب ، وصار مسلماً أن بيع العقار ينعقد كبيع المنقول بمجرد التراضى ، ولا تعتبر الكتابة الا أداة اثبات للعقد تجعله صالحاً للتسجيل[1] . فاذا لم يدون بيع العقار فى محرر ، جاز اثباته من طريق الاقرار أو اليمين أو غيرهما وفقاً لقواعد الاثبات ، وقام الحكم المثبت له مقام المحرر الذى يصدر من الطرفين من حيث التسجيل[2] .

على أن صفة البيع الرضائية ليست متعلقة بالنظام العام ، فيجوز للعاقدين أن يتفقا على أن لا ينعقد البيع بينهما الا فى شكل يعينانه لذلك كتدوينه فى ورقة رسمية أو عرفية . وفى هذه الحالة لا يكون العقد رضائياً أى لا يكفى فى انعقاده مجرد رضا الطرفين ، ولا ينعقد الا باستيفاء الشكل المتفق عليه .

غير أن الأمر يدق اذا اتفق الطرفان على وجوب تدوين عقدهما فى محرر ولم يذكرا أن العقد لا يعتبر منعقداً الا بتوقيع هذا المحرر ، ولم يمكن الاستدلال

---

(١) انظر نقض مدنى ١٧ نوفبر سنة ١٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية ١ـ١٤٣ـ٧٣ المجموعة ٣٤ رقم ١٥ و ٤ يونيه سنة ١٩٣٦ مجموعة القواعد القانونية ١ ـ ١١٥٠ ـ ٣٧٤ ، استئناف مصر ٣ ديسمبر ١٩٢٧ المجموعة ٢٩ رقم ٢١ .

(٢) ومن هذا القبيل أيضا اشتراط كتابة رسمية او عرفية مصدق عليها فى بيع المحال التجارية (المادة الاولى من القانون رقم ١١ سنة ١٩٤٠) وفى بيع السيارات لامكان نقل رخصتها الى المشترى (المادتان ١٠٦ ، ١١٤ من قرار وزير الداخلية بتنفيذ أحكام القانون رقم ٤٤٩ سنة ١٩٥٥)

أنهما قصدا ذلك، أفيعتبر المحرر في هذه الحالة ركناً مشترطاً لانعقاد العقد، يعتبر مشروطاً للاثبات فقط ؟ كان مشروع تنقيح القانون المدنى يتضمن ا يواجه به هذه المسألة ويقضى بأن يفترض عند الشك أن العاقدين مدا أن لا يتم التعاقد بينهما إلا بتدوين العقد وتوقيعه منهما (المادة ١٤٩ من مروع). ولكن لجنة المراجعة حذفت هذا النص لامكان الاستغناء عنه . اء على ذلك لا تكون ثمة أى قرينة قانونية ويتعين على القاضى أن يبحث كل حالة عن النية الحقيقية للعاقدين دون تعقيب عليه من محكمة النقض ام قد بنى ما استنتجه على اعتبارات مقبولة تبرره [1] .

وإذا روعى أن هذا النص كان يتضمن خروجاً على القواعد العامة تعتبر أن الأصل فى العقود الرضائية ، وجب بعد حذفه تغليب حكم القواعد العامة والقول بأن العقد ينعقد ويجوز اثباته عند عدم الكتابة يقوم مقامها من اقرار أو يمين .

وفيما يتعلق بالاثبات يخضع البيع للقواعد العامة فتجوز فيه البينة اذا اوز قيمة المبيع عشرة جنيهات ما لم يتفق العاقدان على ذلك ، ويجب نبات بالكتابة اذا جاوزت قيمة المبيع هذا القدر مالم يتفق العاقدان على از الاثبات بالبينة .

١٥ — (ب) **عقد البيع عقد ملزم الجانبين** — وهو عقد ملزم الجانبين synallagmati لأنه بمجرد انعقاده ينشىء التزامات فى ذمة البائع وأخرى ذمة المشترى، أى أن ارادة كل من طرفيه تتجه نحو الزام صاحبها بالتزامات

---

(١) نقض مدنى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية ٤ــ٨٣٢ـ٢٧١ جاء فيه أن نية العاقدين يستخلصها القاضى من نصوص العقد وملابساته . فاذا هو استخلص الأوراق أن العاقدين لم يجعلا تحرير العقد الرسمى شرطاً لانعقاد البيع بل هما قد علقا عليه ل الملكية الى المشترى وبنى ذلك على اعتبارات مقبولة تبرره ، فلا معقب عليه فى ذلك .

معينة ، ولذلك يتعين أن يكون لكل من هاتين الارادتين اللتين تلتزمان سبب مشروع . ويوجد ارتباط بين التزامات البائع والتزامات المشترى ، فاذا وقع التزام أحد الطرفين باطلا لأي سبب من أسباب البطلان يطل أيضاً التزام الطرف الآخر ، واذا انقضى التزام أحدهما باستحالة الوفاء مثلا انفسخ العقد وانقضى التزام الطرف الآخر . واذا امتنع أحدهما عن تنفيذ التزاماته جاز للطرف الآخر أن يمتنع هو أيضاً عن تنفيذ التزاماته أو أن يطلب فسخ العقد ليتحلل منها .

ويترتب أيضا على تعدد الالتزامات من الجانبين أن يكون لكل منها محله . فالتزامات البائع تدور كلها حول المبيع فيعتبر المبيع محلا لعقد البيع . أما التزامات المشترى فأهمها دفع الثمن ، ولذلك يعتبر الثمن محلا آخر لعقد البيع. فاذا ما درسنا محل عقد البيع تعين علينا أن ندرس المبيع والثمن كلا منهما على حدة .

١٦ — (ح) عقد البيع عقد معاوضة — وهو عقـــد معاوضة contrat a titre onéreux لأن كلا من طرفى العقد يأخذ مقابلا لما يلتزم به ، فيعتبر البيع من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر ويحتاج فيه الى أهلية التصرف ، ويكون الصبي المميز بالنسبة اليه ناقص الأهلية ، ولا يجوز فيه الوكالة الا اذا كانت خاصة . وهو يختلف فى ذلك عن الهبة لأنها تبرع ، أى عمل ضار ضررا محضا ، ويكون الصبي المميز بالنسبة اليها معدوم الأهلية ولا تكفى فيها الوكالة الخاصة بل لابد فيها من وكالة محددة . ويختلف عن الايجار فى أن الأخير يعتبر من أعمال الادارة التى تثبت أهليتها للصبي المأذون وتجوز فيها الوكالة العامة .

وتنقسم عقود المعاوضة الى عقود محددة القيمة commutatifs وعقود احتمالية aléatoires .

١٧ — (د) *عقد البيع عقد محدد القيمة* — والأصل فى البيع أنه عقد محدد القيمة ، لأن كلا من عاقديه يعلم أو يستطيع أن يعلم سلفاً ، أى من وقت العقد ، قيمة الالتزام الذى يتعهد به وقيمة الحق الذى يكسبه من العقد. على أن هذه الصفة ليست من مستلزمات البيع ، فيكون البيع عقداً احتمالياً اذا ربط الطرفان أحد الالتزامات الناشئة من العقد بحادث غير محقق ، كما اذا جعلا الثمن ايراداً مدى الحياة ، فان مقدار الثمن يكون فى هذه الحالة مرتبطا بمدى حياة البائع وهو أمر غير ممكن تحديده وقت العقد . فان طالت حياة البائع زاد الثمن الذى يدفعه المشترى والعكس بالعكس .

وتظهر أهمية اعتبار البيع عقداً محدداً أوعقداً احتمالياً فى تطبيق أحكام الغبن ، فان هذه الأحكام تطبق على العقود محددة القيمة دون العقود الاحتمالية .

١٨ —(هـ) *عقد البيع عقد ناقل الملكية* — والبيع أخيراً عقد ناقل الملكية أو على الأقل منشىء التزامات بنقل الملكية . فان تعريف البيع فى القانون الحديث يفيد أن أهم آثاره انشاء التزام فى ذمة البائع بنقل ملكية المبيع الى المشترى . فيعتبر هذا الالتزام من طبيعة البيع بوجه عام ومن مستلزماته بحيث لا يكون بيع دون نشوء هذا الالتزام . غير أن المشرع اذ نص فى المادة ٢٠٤ مدنى — وفيما يقابلها من مواد القانون القديم والقانون المدنى الفرنسى — على أن « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم . . . . » ، قد جعل الأصل فى البيع أن لا يقتصر أثره على انشاء التزام بنقل الملكية بل أن ينقل الملكية من تلقاء نفسه أى أنه جعل البيع ليس منشئاً التزامات شخصية فحسب بل ناقلا الملك بذاته . واذا كان المشرع قد استثنى من ذلك بيع الأشياء غير المملوكة للبائع ، فيجب أن يضاف أيضا الى هذين الاستثنائين بيع الأشياء المستقبلة وبيع العقارات . غير أنه اذا كان البيع فى هذه الأحوال المستثناة لا يترتب عليه انتقال الملكية بمجرد

التراضى فلا نزاع فى أنه ينشىء فى ذمة البائع التزاما بنقل الملكية وفى أنه يجب على البائع أن يقوم بالأعمال اللازمة لتنفيذ هذا الالتزام .

١٩ — (د) *عقد منجز حال حياة العاقدين* — والبيع أخيرا عقد ينتج أثره حال حياة عاقدين . واذا جاز تعليق آثاره كلها أو بعضها على أجل، فانه لا يجوز اضافتها الى موت البائع لأن تصرف البائع يكون فى هذه الحالة الأخيرة واردا على جزء من تركة مستقبلة فيقع تحت المنع الوارد فى المادة ١٣١ فقرة ثانية .

على أنه اذا ثبت فى هذه الحالة أن البيع قد تم دون مقابل أمكن اعتباره فى بعض الأحوال وصية وفقاً لما سيجىء فى نبذة ٢٩ وانما يشترط فى ذلك أن يكون انتقال الملكية بجميع عناصرها مضافاً الى ما بعد موت البائع . أما اذا نص فى العقد على أن البائع ينقل فوراً الى المشترى ملكية الرقبة ويحتفظ لنفسه بحق الانتفاع مدة حياته فلا يعتبر العقد مضافا الى ما بعد الموت ولا يقع باطلا[1] . وغاية الأمر أنه اذا كان صادرا لأحد الورثة أمكن اعتباره وصية اذا توافرت فيه شروط المادة ٩١٧ .

٢٠ — *اختلاط بعض العقود بعقد البيع* — بالرغم من وضوح خصائص البيع بوجه عام ، فقد تعرض حالات يدق فيها تكييف العقد من حيث اعتباره بيعاً أو غيره من العقود المسماة ، لاختلاط العقد فيها بالبيع من بعض النواحى وبغيره من نواحى أخرى . ولا شك أن لتكييف هذه العقود

---

(١) وقد قررت محكمة النقض أن التصرف المنجز حال صحة المتصرف حتى لو كان بغير عوض ومقصودا به حرمان بعض الورثة هو تصرف صحيح متى استوفى شكله القانونى . فاذا سلمنا أن عقد البيع المتنازع عليه قد صدر منجزا فى حياة البائع ومن شخص فيه أهلية التصرف ومستوفيا لكل الاجراءات التى يقتضيها القانون فى مثله وسجل قبل وفاة البائع بزمن طويل، فهو عقد صحيح لا يطعن عليه سواء باعتباره عقد بيع حقيقى أو باعتباره عقد بيع يستر هبة ، ولا تجوز المطالبة ببطلانه تأسيساً على أنه قد قصد به حرمان وارث وأن التحايل على قواعد الارث يبطل العقود . (نقض ٢٩ يونيه ١٩٣٨ المحاماة ١٩—٣٦٣—١٥٦) .

أهمية كبرى اذ يتوقف عليه تطبيق أحكام البيع على هذه العقود أو تطبيق أحكام أخرى عليها .

ومن أمثلة ذلك الأحوال الآتية :

٢١ — أحوال اختلاط البيع بالايجار - يرجع بعض هذه الأحوال الى طبيعة المعقود عليه ويرجع بعضها الآخر الى شروط التعاقد .

٢٢ — (ا) أحوال اختلاط البيع بالايجار التي ترجع الى طبيعة المعقود عليه — تقدم أن البيع بطبيعته ناقل الملك أي أن الغرض منه نقل ملكية المبيع من البائع الى المشترى وأنه يفترض وجود حق قائم فى ذمة البائع يراد نقله هو ذاته الى المشترى . أما الايجار فلا ينقل حقا قائما فى ذمة المؤجر الى ذمة المستأجر ، بل يقتصر على أن ينشىء فى ذمة الأول التزاما لمصلحة الثانى يقابله حق شخصى للأخير ، ومحل هذا الالتزام أو الحق الشخصى تمكين المستأجر من الانتفاع بعين معينة - سواء كانت مملوكة للمؤجر أو لغيره - وسواء كان هذا الانتفاع كلياً أو جزئياً حسب الاتفاق الوارد فى عقد الايجار ، وبعبارة أخرى فان محل عقد البيع نقل حق ثابت للبائع الى المشترى. أما محل عقد الايجار فهو انشاء التزام فى ذمة المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بحق ثابت للمؤجر أو لغيره دون نقل هذا الحق ذاته الى المستأجر.

ولا وجه للالتباس بين البيع والايجار اذا كان المعقود عليه مالا مادياً، أى حق ملكية شىء مادى ، وذلك لوضوح الفرق بين اتجاه قصد العاقدين الى نقل الملكية أو اتجاهه فقط الى الزام المالك بتمكين العاقد الآخر من الانتفاع بالشىء مدة معينة مع بقاء ملكيته لصاحبها .

غير أن الأمر يدق اذا كان المعقود عليه ليس مالا مادياً بل مالا معنوياً وبخاصة اذا كان حقاً شخصياً يخول المنفعة كالحق فى أخذ ثمار العين أو حاصلاتها مدة معينة ، فحينئذ يختلط البيع بالايجار ويصبح تكييف العقد أمراً غير هين

مع أنه لا مناص منه لتعيين الأحكام التى تنطبق على العقد، أهى أحكام البيع أم أحكام الايجار ؟ فان كانت الأولى ، كان البيع قابلا للابطال اذا لم يكن البائع مالكا ، وانتهى حق المشترى بانتهاء المدة المتفق عليها ، وكان للبائع حق امتياز على المبيع . أما ان كانت الثانية ، كان العقد غير قابل للابطال بسبب عدم ملكية المؤجر للمعقود عليه ، وكان قابلا للتجديد بعد انتهاء مدته تجديداً ضمنياً ، ولم يثبت للمؤجر حق امتياز البائع بل يثبت له فقط امتياز المؤجر اذا كان المعقود عليه عقاراً . ومن المعلوم أن امتياز البائع يختلف عن امتياز المؤجر فى مداه وفى أحكامه[١] .

فاذا خول شخص الى آخر الحق فى جنى ثمار عين معينة أو فى أخذ حاصلاتها مدة محددة فى مقابل جعل ثابت . أيعتبر هذا العقد بيعا أم ايجاراً؟

لقد اختلفت الشراح والمحاكم فى تعيين الضابط الذى يعول عليه فى تكييف مثل هذا العقد (٢) .

فذهبت المحاكم الفرنسية وبعض الشراح الى وجوب التفرقة بين العقد الذى يخول الحق فى أخذ الثمار fruits والعقد الذى يخول الحق فى أخذ الحاصلات produits فيعتبر الأول ايجاراً والثانى بيعاً[٣]. ولكن لوحظ على ذلك أنه فى العقد الوارد على الثمار لا مانع من أن تتجه نية المالك الى بيع الثمار ذاتها لا الى مجرد الالتزام بتمكين الطرف الآخر من أخذ غلة العين ، كما أن العقد الوارد على الحاصلات يمكن اعتباره ايجاراً اذا كان أخذ هذه

---

(١) أنظر كتابنا فى التأمينات العينية ط٢ سنة ١٩٥٩ ص٥٧٣ و٦١٠ .

(٢) انظر فى ذلك تعليق بيكيه Becqué على نقض مدنى فرنسى ١٢ يناير سنة ١٩٥٤ مجلة الاسبوع القانونى ١٩٥٤ ـ ٢ ـ ٨٠٢٦ بشأن التفرقة بين الايجار وعقد امتياز استخراج الأحجار من محجر.

(٣) فى هذا المعنى بودرى لاكانتينرى وفاهل ، فى الايجار نبذة ٧٨١ ص ٤٤٨ والأحكام المشار اليها فى الهامش ١ منها ، أوبرى ورو جـ٥ ص٢٧٨ هامش فقرة ٣ ، بلانيول وريبير وهامل جـ ١٠ نبذة ٣ ص ٥ ، السنهورى فى الوسيط جـ٦ نبذة ٤ وفى الوسيط جـ ٤ ص ٢٧

الحاصلات هو الطريق الطبيعى لاستغلال العين[1] .

وذهب فريق آخر الى أن المعول عليه ما اذا كان المالك ينزل الى الطرف الآخر عن الثمار ناضجة ومعدة للنقل فيكون العقد بيعاً ، أو كان نزوله عنها مقترنا بالتزام المتنازل اليه بالعمل على انمائها وانضاجها وحصدها فيكون العقد ايجاراً[2]. ولكن لوحظ على ذلك أنه لا مانع من أن يلتزم المشترى فى عقد البيع بالقيام ببعض الأعمال اللازمة لانتاج المبيع[3] .

وذهب آخرون الى أن المعول عليه فى اعتبار مثل هذا العقد بيعاً أو ايجاراً طبيعة الآثار التى تترتب عليه ، فان كان من شأنه أن ينقل ملكية حق ثابت من قبل فى ذمة المتصرف ، كان بيعاً . وان اقتصر على انشاء التزام فى ذمة المتصرف بتمكين المتصرف اليه من أخذ الثمار أو الحاصلات ، فهو ايجار[4] . ولكن يؤخذ على ذلك أن الآثار التى تترتب على عقد ما ليست سوى نتيجة لاتجاه ارادة العاقدين اليها وأن المسألة كلها تنحصر فى معرفة ما اتجهت اليه ارادة العاقدين .

لذلك أرى ان العبرة بقصد العاقدين وأن الآثار التى لا يكون ثمة شك فى اتجاه قصدهما اليها يمكن أن يستدل بها على تكييف العقد للاستعانة بهذا التكييف على تنظيم الآثار التى لم يثبت اتجاه قصدهما اليها . وبعبارة أخرى ان ظروف التعاقد وأحكامه الواضحة يمكن اعتبارها قرائن قضائية مؤقتة على حقيقة التكييف الذى اتجهت اليه ارادة العاقدين ، بمعنى أنها ترجح أحد التكييفين على الآخر الى أن يثبت العكس[5] .

---

(١) قارن فى هذا المعنى جيبوار ج ١ نبذة ١٤ .

(٢) فاهل فى تعليق له فى سيرى ١٩١٢ — ١ — ٤١٣ على حكم نقض ١٣ ديسمبر ١٩٠٩ .

(٣) السنهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٢٨ .

(٤) بيدان وبريت دى لاجريسى ، الطبعة الثانية سنة ١٩٣٨ نبذة ٤٦٣ .

(٥) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٢٨

فمثلا يعتبر ورود العقد على الحق فى أخذ الحاصلات — وهى غير متجددة — قرينة على أنه بيع مالم يثبت من ظرف آخر أن العاقدين اتجهت ارادتهما الى الايجار وآثاره ، وبالعكس من ذلك يعتبر ورود العقد على الحق فى أخذ ثمار الأرض كلها — وهى متجددة — قرينة على أنه قصد به الايجار لا البيع .فاذا كان محل العقد نوعاً معيناً من الثمار فقط كان الراجح أن العقد بيع الا اذا كان المتصرف اليه قد تعهد بإنماء هذه الثمار وانضاجها على نفقته ، فان ذلك يرجح الايجار على البيع . واذا اتفق على تقدير المقابل جملة وعلى دفعه مرة واحدة كان الراجح أن العقد بيع ، واذا اتفق على مقابل للثمار عن كل مدة وعلى دفع ما يقابل كل مدة فى نهايتها أو عند بدئها ، رجح ذلك قصد الايجار على قصد البيع .

ومن قبيل العقود التى يختلط فيها البيع بالايجار بسبب المعقود عليه النزول عن الايجار والتأجير من الباطن ، فان الأول يعتبر بيعاً والثانى ايجاراً وكثيراً ما يقع الخلط بينهما ، فيرجع فى تكييف العقد الى قصد العاقدين حسبما تقدم . ومحل بحث هذه المسألة فى شرح عقد الايجار(١)

٢٣ — (ب) أحوال اختلاط البيع بالايجار التى ترجع الى شروط التعاقد — قد يقع الخلط بين البيع والايجار لا بسبب المعقود عليه كما تقدم بل بسبب شروط التعاقد والأحكام التى اتفق عليها العاقدان كما فى الايجار الذى يقصد به البيع location-vente وصورته أن يتفق تاجر الراديو مثلا على أن يؤجر الى عميله مذياعاً مدة سنة بأجرة شهرية قدرها ثلاثة جنيهات ، وعلى أنه اذا وفى المستأجر التزاماته كاملة تملك المذياع فى نهاية السنة دون أن يدفع شيئاً آخر .

وسيأتى أن هذا الاتفاق يشبه البيع فى أنه يؤدى الى نقل ملكية المذياع فى مقابل ثمن يدفع أقساطاً شهرية ، وأنه يشبه الايجار فى أنه لا يترتب عليه

---

(١) راجع كتابنا فى عقد الايجار ط٣ سنة ١٩٦٨ نبذة ٢٣٩ وما بعدها ص ٥٣٦ وما بعدها .

فورى انعقاده تمليك بل مجرد تمكين من الانتفاع ، وفى أن فسخه لاخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته كلها أو بعضها لا يترتب عليه وجوب اعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل العقد بل يحتفظ كل من الطرفين بالفائدة التى عادت عليه فى الماضى من تنفيذ العقد .

وقد اختلف الشراح والمحاكم أيضاً فى تكييف هذا العقد بأنه بيع أو ايجار ، ثم حسم التقنين المدنى الحالى هذا الخلاف باعتبار العقد بيعاً معلقاً على شرط (انظر ماسيجىء فى نبذة ٤٤) .

٢٤ — **اشتباه البيع بعقد المقاولة** — المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر (المادة ٦٤٦) . ويجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها أو يستعين بها فى القيام بعمله ، كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً (المادة ٦٤٧) ، وفى هذه الحالة الأخيرة يشتبه عقد المقاولة بعقد البيع اذ من السهل أن يعتبر المقاول بائعاً المواد التى يستخدمها فى العمل . وقد ذهبت أغلبية الفقه والقضاء فى هذا الشأن الى اعتبار الأصل فى الحالات التى يتعهد فيها المقاول بتقديم مادة العمل أن العقد بيع ، الا اذا كانت قيمة المادة أو المهمات المستعملة ثانوية بالنسبة الى عمل المقاول ، فالترزى الذى يحيك لعميله ثوبا يتعهد دائماً بتوريد الموارد الأولية البسيطة كالخيط وغيره ، ويتعهد أحياناً بتقديم قماش الثوب ذاته . ففى الحالة الأولى يعتبر العقد مقاولة لأن محله الرئيسى صنعة الترزى ، ولأن تقديم الخيط وسائر المواد الأولية البسيطة ليس الا أمراً ثانوياً الى جانب تفصيل الثوب وحياكته . أما فى الحالة الثانية فان قيمة الأقمشة والمهمات التى يتعهد الترزى بتوريدها تبدو أهم من قيمة العمل المتعهد به ، فيصح اعتبار العقد بيعاً لشىء مستقبل . وكذلك اذا تعهد المقاول بأن يبنى بأدوات من عنده بناء على أرض مملوكة لرب العمل ، فان العقد يعتبر مقاولة ، لأن

المهمات تعتبر ثانوية بالنسبة الى الأرض . أما اذا تعهد بتقديم بناء يقيمه بأدوات من عنده وعلى أرض يقدمها هو، فان العقد يغلب عليه وصف البيع ويعتبر بيع شيء مستقبل [١] .

٢٥ — **اشتباه البيع بالوكالة** — الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل (المادة ٦٩٩). ويقع الاشتباه بين البيع والوكالة اذا كان من يقوم بعمل قانونى لحساب آخر يستطيع أن يدعى لنفسه حقا على المال محل هذا العمل القانونى كما اذا تكفل أحد سماسرة الأقطان ببيع محصول زراعة أحد عملائه لحساب ذلك العميل ، فأخذ منه مبايعة عن ذلك المحصول حتى يسهل عليه بيعه ، أو اذا حول الدائن حقه الى شخص آخر ليتولى مطالبة المدين . فى هذه الأحوال يكون المعول عليه فى تكييف العقد قصد العاقدين ، فاذا اتجهت ارادتهما الى أن ينقل المالك حقه الى الطرف الآخر بحيث يصبح هذا مالكا حقيقياً لهذا الحق فالعقد بيع ، والا فهو وكالة [٢] .

٢٦ — **اشتباه البيع بالوديعة** — الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشيء وأن يرده عينا (المادة ٧١٨). ويقع الاشتباه بين البيع والوديعة اذا سلم شخص شيئاً الى آخر وفوضه أن يبيعه كله أو بعضه على أن يرد اليه هذا الشيء ذاته أو ثمن ما باعه منه ، كما

---

(١) فى هذا المعنى بلانيول وريبير وهامل جـ ١٠ نبذة ٥ ، السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٣٠ و ٣١ .

(٢) وكذلك فى عقد البيع مع احتفاظ المشترى بحق التقرير بالشراء لصالح الغير أعنى بحق المشترى فى احلال غيره محله فى الصفقة déclaration de command (أنظر ماسيجىء فى نبذة ٤٧ م) ، فان العقد يعتبر بيعا فقط اذا لم يتم التقرير بالشراء لصالح الغير فى الميعاد المبين فيه . أما اذا تم هذا التقرير فى الميعاد ، فان البيع يعتبر كأنه حاصل بطريق الوكالة عمن حصل التقرير لصالحه (انظر نقض مدنى ٩ مارس ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١-٢-٣١٢ — ٨١ ، السنهورى فى الوسيط جـ ٤ هامش ص ٣٣) .

اذا أودع المؤلف عدداً من نسخ مؤلفه لدى احدى دور بيع الكتب لكى تتولى بيعه بثمن محدد تستقطع منه نصيباً لها . فيشبه هذا العقد الوديعة فى أنه يتضمن ايداع الكتب على ذمة المؤلف، ولكنه يختلف عنها فى أن الوديع يرد الشىء عينه فى حين أن دار الكتب لها أن ترد النسخ أو ثمنها بعد استنزال نصيبها من هذا الثمن . وهو يشبه الوكالة من حيث أنه يتضمن انابة المؤلف دار الكتب عنه فى بيع هذا الكتاب فى مقابل أجر يستنزل من ثمن النسخ المبيعة ، ولكنه يختلف عن الوكالة فى أن البيع الذى يصدر من دار الكتب المذكورة لم ينشىء أى علاقة بين المشترى وبين المؤلف صاحب الكتاب . وهو يشبه البيع فى أنه ينقل الى المكتبة ملكية الكتب ولكنه ينقلها اليها مع حفظ حقها فى العدول عن شراء هذه الكتب اذا لم تتمكن من تصريفها ، فهو بمثابة بيع مقترن بشرط فاسخ ، والغالب أن هذا التكييف الأخير هو الذى يطابق قصد العاقدين(١) .

٢٧ — *اشتباه البيع بالقرض بفائدة* — اذا اشترى شخص شيئاً بثمن مؤجل ، ثم باعه فى الوقت ذاته الى نفس البائع الأول أو الى شخص يعمل لحسابه بثمن معجل أقل من الثمن الأول ، فان هذا البيع المزدوج يشبه فى النهاية عقد قرض بفائدة ، لأن المشترى المزعوم لم يأخذ المبيع مطلقاً بل أخذ مبلغا من النقود معجلا فى مقابل التزامه بمبلغ مؤجل أكبر منه ، فكأنه اقترض المبلغ المعجل على أن يرده مع فائدة تعادل الفرق بينه وبين الثمن المؤجل (٢) .

فاذا تبين أن العاقدين لم يقصدا نقل الملكية من البائع الى المشترى كما فى هذا المثال، فان العقد لا يكون بيعا بل قرضا بفائدة ، ويتعين تطبيق الحد الأقصى للفوائد عليه(٣) .

---

(١) قارن بلانيول وريبير وهامل ج ١٠ نبذة ٤ ، السنهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٣١ .
(٢) وهذا العقد هو الذى سماه بوتييه مهاترة mohatra انظر ماسيجى، فى نبذة ٣٤ .
(٣) السنهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٣٣ .

وكذلك كان بيع الوفاء فى القانون القديم يمكن أن لا يقصد به الطرفان حقيقة البيع بل قرضا بفائدة مضمونا برهن حيازى ، فكان الدائن يعطى القرض للمدين على أن يرده هذا بعد مدة معينة مع زيادة تعادل الفائدة المتفق عليها بينهما . وضمانا لهذا القرض كان المدين يبيع الى الدائن مالا من أمواله بثمن هو فى الواقع قيمة القرض الذى تسلمه وفوائده المذكورة عن المدة كلها، ويحتفظ المدين البائع بحقه فى استرداد المبيع خلال المدة المعينة للقرض اذا هو رد الثمن المتفق عليه الى الدائن المشترى فى المدة المحددة . وقد أبطل التقنين المدنى الحالى مثل هذا الاتفاق ولم يجعل له أثراً لا باعتباره بيعا ولا باعتباره رهنا ، ولكن يبقى مبلغ القرض فى ذمة المشترى باعتباره دينا شخصيا ويلزم بوفائه مع الفوائد القانونية(١) .

٢٨ — اشتباه البيع بالهبة — الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب فى مال له دون عوض . ويجوز للواهب ، دون أن يتجرد عن نية التبرع ، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين (المادة ٤٨٦) . وتشبه الهبة البيع فى أنها مثله تنقل الملكية من أحد الطرفين الى الآخر ، وتتميز عنه بأن نقل الملكية فيها يكون دون مقابل وقصد التبرع ، فى حين أنه فى البيع يكون فى مقابل ثمن معين . وكثيراً ما يقوم النزاع فى شأن عقود البيع المتفق فيها على ثمن ويطعن فيها بعدم جدية الثمن وفى اعتبارها هبة لا بيعاً ، وبخاصة اذا ذكر فى العقد أن البائع متنازل للمشترى عن الثمن المسمى . وقد جرى قضاء المحاكم على اعتبار العقد فى هذه الحالة هبة لا بيعاً .

وقد تقدم أنه يجوز أن يفرض الواهب على الموهوب له فى عقد الهبة بذاته التزاماً معيناً ، فتكون الهبة فى هذه الحالة بعوض يجب على الموهوب له أن يؤديه . وتشبه البيع حينئذ فى أن المتصرف اليه يلتزم بهذا العوض كما

---

(١) أنظر ماسيجىء فى القسم الثانى

المشترى بالثمن ، ويدوم الاشتباه بينهما كلما اقتربت قيمة العوض من ثمن المثل . والهبة بعوض تتميز مع ذلك عن البيع بأن المقصود بها التبرع وتتوافر فيها نية التبرع عند الواهب متى كانت هذه الهبة تعود بفائدة على الغير سواء أكان ذلك الغير هو الموهوب له أم كان هو المشروط له العوض، فتكون فيها فائدة للموهوب له اذا كانت قيمة العوض أقل من ثمن المثل ، وتكون كلها فائدة لمن اشترط له العوض اذا كان العوض يساوى ثمن المثل . أما اذا كان العوض مشروطاً لمصلحة الواهب نفسه وكانت قيمته تقارب ثمن المثل ، فيعتبر العقد بيعاً لا هبة . ويعتبر توافر نية التبرع مسألة واقع يقدره قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض . ومما يرجح توافر هذه النية أن يكون العوض المشترط على المتصرف اليه مشترطاً لمصلحة شخص آخر غير الواهب[1]

٢٩ — اشتباه البيع بالوصية — الوصية تمليك مضاف الى ما بعد موت الموصى ، فهى تتحد مع البيع فى أنها تمليك وتختلف عنه فى أنها دون مقابل وفى أنها لا تنقل الملكية الا بعد وفاة الموصى فى حين أن البيع تمليك بمقابل يقع فيما بين الأحياء[2] .

وقد يشتبه البيع بالوصية اذا ذكر فى العقد أن البائع تنازل عن الثمن أو أمكن اثبات صورية الثمن وكان البائع قد احتفظ بحيازة المبيع وبحق الانتفاع به مدى حياته وشرط على المشترى عدم التصرف فى الرقبة ، فان هذا العقد يشبه الوصية فى أنه تبرعى وفى القيود التى يفرضها على ملكية المتصرف اليه بحيث تجعل هذا لا يحصل على شىء من مزايا الملكية الا بعد وفاة البائع المزعوم . لذلك اختلفت المحاكم فى ظل التقنين الملغى فى شأن مثل هذا العقد

(١) السنهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٢٦
(٢) راجع نبذة ١٩ مكرر

فاعتبره بعضها بيعاً[١] . واعتبره البعض الآخر وصية غير ان هذا الفريق الأخير اختلف فى شأن الظروف والشروط والقيود التى يمكن أن تستظهر منها نية الايصاء . فاكتفى بعضها بثبوت حصول التصرف دون مقابل وبقاء العقد فى حيازة المتصرف أو عدم تسجيله[٢]، واستنبط البعض نية الايصاء من اتفاق العاقدين على عودة ملكية المبيع الى البائع اذا توفى المشترى قبله[٣] أو من بقاء البائع محتفظاً بمزايا الملكية ومظهرها كالحيازة والتأجير والتقاضى[٤] . . . الخ .

ومن أهم القرائن التى عول عليها القضاء فى استنباط نية الايصاء من التصرف الذى ثبت حصوله دون مقابل أن يكون البائع قد احتفظ لنفسه بحق الانتفاع بالمبيع الى حين وفاته[٥]، أو أن يكون قد اشترط منع المشترى من التصرف فى المبيع حال حياته[٦].وقد اكتفت بعض المحاكم بأحد هذين الشرطين الأخيرين،واشترط البعض الآخر اجتماعهما[٧] . ولكن الأغلبية

---

(١) أنظر نقض مدنى ١٦ مايو ١٩٣٦ ، ٢٢ يونية ١٩٣٨ ، ٨ مارس ١٩٤٥ ، ١٩ مايو ١٩٤٩ فهرس أحكام النقض لربع قرن ، كلمة بيع ، أرقام ٢٦ ، ٣٤ ، ٣٢ ، ٣١ على التوالى ، ٥ يناير ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ — ٤٣ — ٢ .

(٢) نقض ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ المجموعة ٤٨-٢-٤٠٢-٢١٢ .

(٣) مصر(بهيئة استئنافية) ١٦ديسمبر سنة١٩٢٥ المحاماة ٦-٣٢٧-٢٥٠وقارن مصر الابتدائية ٦ يناير ١٩٢٦ المحاماة ٦- ٨٦٤ - ٥٣٩ المجموعة ٢٧ رقم ٣١ ومجموعة عياش الثانية رقم ١٢٨٢ .

(٤) استئناف مصر ٢٨ فبراير ١٩٢٩ مجلة كلية الحقوق السنة الثالثة ص ٣٣٦ مجموعة عياشى الثانية رقم ١٢٨٤ ، استئناف مصر ٢٠ يناير ١٩٣١ المحاماة ١٢-٤٦-٣٢ .

(٥) استئناف مصر ٢٢ يناير ١٩٢٣ المحاماة ٣-١٦٢-١٠٨ ، وايضاً ٨ ديسمبر ١٩٢٠ المحاماة ٢-١٤٤-٤٦.

(٦) قرب نقض ٨ يونيه ١٩٣٩ المجموعة ٤١-٩١-٣٦وقارن عكس ذلك استئناف مصر ٢٧ يناير١٩٣٥ المحاماة ١٦-٤٨-٢٣.

(٧) استئناف مصر١٩ نوفمبر ١٩٢٥ المحاماة ٦- ٣٣١ -٢٥٤ المجموعة ٢٧ رقم ٩ مجموعة عياشى الثانية رقم ١٢٩٤ ، استئناف مصر ١٩ يناير ١٩٢٧ المحاماة ٨ - ١٧٢ - ١٢٧ .

قررت أن اجتماعهما لا يكفى لثبوت نية الايصاء ولا يمنع من اعتبار العقد بيعاً (١) ما لم توجد قرائن أخرى تعزز فكرة الايصاء .

ولذلك رأى المشرع المصرى حسم هذا الخلاف فى التقنين المدنى الحالى، فنص فى المادة ٩١٧ منه على أنه « اذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها ، وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافاً الى مابعد الموت . وتسرى عليه أحكام الوصية مالم يقم دليل يخالف ذلك». فأنشأ بهذا النص قرينة قانونية على توافر نية الايصاء فى التصرف الذى يجتمع فيه ثلاثة الشروط الآتية: (١) أن يكون التصرف صادراً من شخص الى أحد ورثته ، على أن تثبت صفة الوراثة للمتصرف اليه وقت وفاة المورث كما فى الوصية ، (٢) أن يحتفظ المتصرف بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها ، كأن يستبقى العقد فى يده أو لا يسجله أو ينص فيه على استئجار المبيع ، (٣) وأن يحتفظ بحقه فى

---

(١) نقض ٢٢ يونيه ١٩٣٨ المجموعة ٤٠ رقم ١٥ المحاماة ١٩ — ٣٦٠ — ١٥٤ مجموعة القواعد القانونية ٢ـ١٠٤ـ ١٣٢، ١٣ ابريل ١٩٣٩ المجموعة ٤٠ رقم ٢٠٨، ٨ مارس ١٩٤٥ المجموعة ٤٦ — ١٣٠ـ٧٦ وقد جاء فيهما أن اشتراط البائع الاحتفاظ لنفسه بحق الانتفاع بالمبيع مدة حياته ومنع المشترى من التصرف فيه طوال تلك المدة ضمانا لحقه لايمنع من اعتبار التصرف بيعا صحيحا ناقلا ملكية الرقبة فوراً، ووصف هذا بأنه وصية استناداً الى هذا الشرط يكون خطأ .

وأيضا استئناف مصر ١٧ فبراير ١٩٣٧ المحاماة ١٧ — ١١٧٨ — ٥٨٩ وايضاً ١٣ ابريل ١٩٢٠ المجموعة ٢٢ رقم ٨٠ المحاماة ٢ ص ٢١٠ ١٤ نوفبر ١٩٢١ المجموعة ٢٣ رقم ١٩ المحاماة ٢ — ٢٠٧ — ٦٣ ، ٧ مايو ١٩٢١ المحاماة ٢ — ٦٥ — ٣٥ ، ٢٠ يناير ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ١٦٢ ، ٢٢ يناير ١٩٢٥ المجموعة ٢٧ رقم ٤٣ ، ٢٨ مايو ١٩٢٩ المحاماة ٩ — ١٠٩٠ — ٥٩٤ ، ٢٣ أكتوبر ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ـ ١٥٢ ـ ٧٣ ، ٢٧ يناير ١٩٣٥ المحاماة ١٦ ـ ٤٨ ـ ٢٣ ، ١٣ يناير ١٩٣٨ المحاماة ١٩ ـ ٣٧٣ — ١٦٢ ، نقض ٢٢ ابريل ١٩٣٠ المحاماة ١٠ ـ ٨٧٥ ـ ٤٤١، ينظر البدراوى فى البيع ص ٥٩ الى ٦٢ .

الانتفاع بالعين مدى حياته(١) . فاذا توافرت هذه الشروط الثلاثة قامت القرينة على أن التصرف وصية الى أن يثبت المتصرف اليه بكافة الطرق أنها ليست كذلك . واذا لم تتوافر هذه الشروط فلا توجد القرينة القانونية ، ولكن يجوز لورثة المتصرف أن يثبتوا بكافة الطرق بما فى ذلك القرائن القضائية أن حقيقة التصرف وصية لا بيع سواء أكان صادراً لوارث أم لغير وارث ، ولا يجوز للمحكمة أن ترفض لهم طلب اثبات ذلك بمقولة ان العقد فى صياغته عقد منجز لأن هذا القول يكون مصادرة على المطلوب(٢). اما اذا استدلت على ان العقد منجز حقيقة من بعض قرائن تؤيد ذلك وتؤدى اليه عقلا ، فلا غبار عليها فى ذلك(٣) .

ويجوز للمتصرف نفسه حال حياته أن يثبت أن البيع وصية وأن يستعمل حقه فى العدول عنها .

وظاهر أن نص المادة ٩١٧ المذكورة لا يتضمن قاعدة موضوعية بل اقتصر على انشاء قرينة قانونية تعفى سائر الورثة من عبء اثبات أن حقيقة التصرف وصية .

ولأنه يجب أن ينظر فى تعيين سريان القوانين التى تستحدث قرائن

---

(١) ولا يكفى انتفاع المتصرف بالعين انتفاعا فعليا حتى وفاته دون أن يكون ذلك مستندا الى مركز قانونى يخوله حق الانتفاع (نقض مدنى ٢٤ يونية ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦–٨٠٨–١٢٨) .

(٢) فى هذا المعنى نقض مدنى ١٢ نوفمبر ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠–٦٦٨–١٠١ .

(٣) نقض مدنى ٢٥ يناير ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ — ١٢٧ — ١٩ وقد جاء فيه أن استخلاص نية المتعاقدين فى العقد من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع. فاذا كان الحكم المطعون فيه أقام قضاءه على أنه لاينال من البيع لغير وارث أن يحتفظ البائع لنفسه بحق الانتفاع مدى حياته وأن يقيد الملكية قيداً مؤقتاً . وأن النص فى العقد على التزام البائع — خلال ميعاد محدد — بتحرير العقد النهائى والا كان للمشترى الحق فى رفع دعوى باثبات صحة ذلك العقد مما تنتفى معه مظنة اضافة التمليك الى مابعد موت البائع ، فانه لايكون قد خالف القانون .

قانونية من حيث الزمن الى نوع الدليل الذى تقوم هذه القرائن مقامه أو تعفى منه والى مدى اتصال القرينة المستحدثة بموضوع الحق ، حتى اذا ما بان أن الغرض منها الاعفاء من دليل من الأدلة التى تعد مقدماً أو كان اتصالها بموضوع الحق اتصالا وثيقاً ، كان حكم القانون المنشىء لها حكم القوانين المتعلقة بالأدلة المهيأة أى التى تعد مقدماً والقوانين المعدلة لأثر التصرفات أى أنه يكون له أثره الفورى دون أى أثر رجعى فيسرى على ما يستحدث بعده من وقائع ولا يسرى على الوقائع السابقة . وان لم يكن كذلك ، فانه يسرى فور صدوره حتى على ماسبقه من وقائع[1] ، فقد طبقت محكمة النقض ذلك على القرينة التى استحدثتها المادة ٩١٧ المشار اليها ، فقررت أن هذه القرينة المستحدثة، لاتصالها بموضوع الحق اتصالا وثيقا ، لا يجوز اعمالها بأثر رجعى على التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدنى القائم[2] .

(١) أنظر فى هذا المعنى مؤلفنا فى الأدلة الخطية واجراءاتها سنة ١٩٦٧ نبذة ١٢ ص ٣٤ .

(٢) نقض مدنى ١٤ مايو ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض ١٥ ـ ٦٧٣ ـ ١٠٧ ، وفى هذا المعنى البدراوى نبذة ٤٨ ص ٦٩ ، السنهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٢٥ فى الهامش ، منصور نبذة ١٦ ص ٤١ ، اسماعيل غانم ص ٥٠ ، لبيب شنب ص ٢٩ ، وكنا نقول بعكس ذلك فى الطبعة السابقة وكذلك الدكتور انور سلطان فى نبذة .

الباب الأول

ابرام عقـــد البيـع

٣٠ – أركان البيع وشروط صحته – يشترط فى ابرام عقد البيع كما فى سائر العقود توافر أركان معينة تعتبر شروطاً لانعقاده، وتوافر شروط أخرى تعتبر شروطاً لصحته . فأركان البيع أو شروط انعقاده هى ثلاثة الشروط الواجب توافرها فى كل عقد أى الرضا والمحل والسبب ، ويضاف اليهـا شرط رابع هو عدم النص المانع . وشروط صحته هى أيضاً شروط صحة العقـد بوجه عام أى أهليـة العـاقدين وسلامة الرضـا من العيوب التى تشوبه .

وسنفرد لـكل من هذين النوعين فرعا مستقلا .



الفرع الأول
اركان البيع
أو شروط انعقاده

الفصل الأول
ركن الرضا

٣١ — **وجود الرضا** — يشترط في عقد البيع، كما في سائر العقود، اقتران ارادتين متطابقتين، أي وجود ايجاب معين وقبول مطابق له، واقتران الأخير بالأول أي وصوله الى علم الموجب[١].

---

(١) غير أنه قد شاعت قبل صدور قانون التسجيل في سنة ١٩٢٣ عادة تحرير عقود البيع وتوقيعها من البائع وحده فكانت هذه المحررات مثبتة لرضا البائع دون رضا المشترى. ولذلك لم يكن ممكنا اعتبارها مثبتة للتعاقد اللهم الا اذا اقترنت بما يفيد قبول المشترى كتسلم الأخير المبيع أو تسلمه العقد الموقع عليه من البائع وحده وتقديمه للتسجيل، فكانت هذه الواقعة مضافة الى العقد الموقع تكون توافق الارادتين الضرورى لانعقاد البيع.

على أنه كان يجب في هذه الحالة أن تتم الواقعة التي تفيد قبول المشترى قبل أن يسقط الايجاب الصادر من البائع سواء كان سقوطه بعدول البائع عن البيع أو بموته أو بالحجر عليه (في هذا المعنى طنطا الابتدائية ٦ ديسمبر ١٩٣٠ المجموعة ٣٢ رقم ١٤٧).

وتطبيقا لذلك قضت محكمة استئناف مصر في ٢٧ ديسمبر ١٩٣٢ أنه اذا صدر عقد من والدة لبنتها القاصر المشمولة بولاية والدها وحرر في صيغة عقد بيع ولكن لم يرد به مايفيد قبول الولى البيع، وثبت أن هذا العقد بقى في حوزة الوالدة لحين وفاتها وأنها تصرفت في معظم المقدار الوارد بهذا العقد لآخرين وشهد الولى على أحد هذه العقود، فانه لايصح اعتبار هذا العقد عقد بيع لانعدام القبول فيه (المحاماة ١٣ — ١٠٠٨ — ٤٩٨). وبصدور قانون التسجيل في سنة ١٩٢٣ الذى استبدل به قانون الشهر العقارى في سنة ١٩٤٦ أوجب المشرع في بيع العقارات توقيع الطرفين أى اشترط لصلاحية العقد للتسجيل أن يكون توقيع الطرفين

ويستوى أن يصدر الايجاب من البائع بالبيع أو من المشترى بالشراء ، لأن المهم هو اقتران هذا الايجاب بقبول الطرف الآخر بائعا كان أو مشتريا .

وتسرى على تبادل الايجاب والقبول الأحكام العامة التى نص عليها المشرع فى المواد ٩٠ وما بعدها من التقنين المدنى الحالى .

فيجوز التعبير عن كل من الايجاب والقبول أى عن ارادة البيع وارادة الشراء باللفظ وبالكتابة وبالاشارة المتداولة عرفا ، كما يجوز باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود ، بل يجوز أن يكون التعبير ضمنيا (المادة ٩٠) . ويصلح الايجاب لاقتران القبول به من الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه اليه (المادة ٩١) . فاذا صدر الايجاب وأرسل الى من وجه اليه ، جاز للموجب أن يعدل عن ايجابه بشرط أن يبلغ عدوله الى الطرف الآخر قبل أن يبلغه الايجاب ، كأن يبرق اليه بالعدول بعد أن أرسل اليه الايجاب بخطاب عادى بحيث تصله البرقية قبل الخطاب أو معه على الأكثر ، والا فان الايجاب ينتج أثره بمعنى أنه يكون صالحاً لأن يقترن به القبول ولا يجوز العدول عنه الا بعد مضى الوقت الكافى لتمكين من وجه اليه من قبوله[1] .

= عليه مصدقا عليه من موظف مختص فقضى بذلك على عادة توقيع عقود البيع من البائع وحده فيما يتعلق ببيع العقارات .

ولا يزال أكثر المتعاملين بالبيع فى المنقولات يجرون على الاكتفاء فى عقد البيع بتوقيع البائع وحده . ونرى ضرورة التنبيه الى مايؤدى اليه ذلك من امكان المنازعة فى انعقاد البيع فى أحوال كثيرة ونوصى بتوقيع عقود البيع من كلا الطرفين فيها بل يحسن تحريرها من نسختين أصليتين موقعة كل منهما من الطرفين .

(١) فى هذا المعنى نقض مدنى ١٠ أبريل ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ — ٣٥٩ — ٤٠ وقد جاء فيه أنه « متى تبين أن طالب الشراء أبدى فى طلبه الى عضو مجلس الادارة المنتدب للشركة البائعة رغبته فى شراء قدر من الأطيان المملوكة لها بثمن محدد وبشروط معينة وضمن الطلب أنه لايصبح نافذ الأثر بين الطرفين الا بموافقة مجلس ادارة الشركة كما تمهد . =

واذا عين فى الايجاب ميعاد لقبوله ، سواء صدر هذا الايجاب فى مجلس العقد أو فى غيره ، التزم الموجب بالبقاء على ايجابه الى أن ينقضى هذا الميعاد (المادة ٩٣) . فاذا انقضى الميعاد قبل أن يصدر القبول ، فلا يصبح الايجاب غير لازم فحسب بل يسقط سقوطا تاما ويصير غير صالح لاقتران القبول به الا اذا تبين أن الموجب لم يقصد ذلك وأنه لا مانع عنده من اعتبار ايجابه قائما حتى بعد انقضاء الميعاد .

واذا مات من صدر منه الايجاب أو فقد أهليته قبل أن يصل الايجاب الى علم من وجه اليه ، فان ذلك لا يمنع من صلاحية الايجاب لاقتران القبول به عند وصوله (المادة ٩٢) ، وذلك لأن الايجـــاب ينفصل عن ارادة الموجب ويحتفظ بكيانه بالرغم من موت الموجب أو فقد أهليته . فاذا كان الايجاب قد عين فيه ميعاد للقبول فهو ملزم حتى انقضاء هذا الميعاد ويتقيد ورثة الموجب من بعده بهذا الالتزام، ومتى اقترن القبول بالايجاب انعقد العقد بين الورثة ومن صدر منه القبول. واذا لم يكن الايجاب قد عين فيه ميعاد للقبول ، فانه يكون مع ذلك ملزما للموجب المدة الكافية لابداء من وجه اليه قبوله ووصول هذا القبول الى الموجب ، فيتقيد ورثة الموجب كذلك بهذا الالتزام ويكون حكمه حكم الحالة السابقة .

وكذلك اذا مات من صدر منه القبول أو فقد أهليته قبل أن يصل القبول الى علم الموجب ، فان ذلك لا يمنع من صلاحية القبول لانعقاد العقد به عند وصوله الى علم الموجب (المادة ٩٢) .

= فيه بأن يظل مرتبطا بعطائه فى حالة اشهار مزاد بيع الأطيان لحين ابلاغه قرار الشركة باعتماد البيع من عدمه ، فتحقق بذلك علم الشركة بمجرد وصول الطلب الى عضو مجلس الادارة المنتدب، فان هذا الايجاب يعتبر نافذ الأثر فى حق الموجب لا يجوز العدول عنه أو تعديله حتى تبت الشركة فى طلبه بالقبول أو الرفض ، وذلك عمـــلا بنصوص الطلب ونزولا على حـــكم المادتين ٩١ و ٩٣ مدنى ».

واذا صدر الايجاب فى مجلس العقد دون أن يعين ميعاد للقبول ، فان الموجب يتحلل من ايجابه اذا لم يصدر القبول فوراً . وكذلك الحال اذا صدر الايجاب من شخص الى آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل (المادة ٩٤) . ومع ذلك يتم العقد ، ولو لم يصدر القبول فوراً اذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن ايجابه فى الفترة مابين الايجاب والقبول، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد .

واذا صدر الايجاب فى غير مجلس العقد ودون أن يعين ميعاد للقبول ، فالغالب أن يستخلص من الظروف أو من طبيعة التعامل أن الموجب قصد أن يلتزم بايجابه الى الوقت الذى يتسع لوصول قبول من الطرف الآخر يكون قد صدر منه فى وقت مناسب وبالطريق المعتاد ، والافان الايجاب لايكون ملزما أى أنه يجوز العدول عنه فى أى وقت قبل اقتران القبول به .

ومتى كان الايجاب غير ملزم ، فانه يظل قائما وصالحا لاقتران القبول به ما دام لم يعدل عنه، الااذا اتفق صراحة أو ضمنا على انتهاء أثره فى ميعاد معين فيسقط بانقضاء هذا الميعاد ولو لم يحصل عدول عنه .

واذا وجه الايجاب الى غائب بطريق المراسلة، فان العقد لاينعقد الا اذا وصل القبول الى علم الموجب قبل سقوط الايجاب . ويعتبر العقد قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، مالم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك . ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان وفى الزمان اللذين وصل اليه فيهما هذا القبول [1] (المادة ٩٧) .

على أنه يجوز أن ينعقد البيع أحيانا دون قبول من وجه اليه الايجاب اعتماداً على مجرد عدم رفضه الايجاب فى وقت مناسب (المادة ٩٨)، ومثل ذلك

(١) أنظر فى الخلاف الذى كان قائماً على هذه المسألة فى ظل التقنين المدنى السنبلاوين الجزئية ١٩ فبراير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ـ١٢٤٥ـ٥٢٤ .

أن يجرى التعامل بين شخصين على أن يورد أحدهما الى الآخر قدرا معينا من سلعة من نوع خاص فى فترات متقاربة ، فيرسل المورد هذا القدر دون طلب خاص من عميله ولا ينتظر منه قبولا أو رفضا، فينعقد البيع على هذا القدر بمجرد عدم رد المرسل اليه بالرفض فى وقت معقول ، اذ يكون من حق المرسل أن يعتبر سكوت الطرف الآخر قبولا .

ويجوز أن يتم البيع من طريق المزايدة، ولكن لا يعتبر طرح المبيع للبيع ولو مع تعيين ثمن أساسى له ايجابا ، بل يعتبر دعوة لكل راغب فى الشراء كى يتقدم بعطاء ، ويعتبر هذا العطاء ايجابا ويلتزم به مقدمه المدة التى تكفى عادة لاستثارة عطاء آخر أو لقبوله بعد اليأس من تقدم غيره ، فلا يجوز له سحب عطائه قبل ذلك الا بموافقة القائم بالمزاد[1] .

ويسقط كل عطاء بمجرد تقدم عطاء آخر يزيد عليه ولو كان العطاء باطلا . ولا يتم البيع الا بقبول العطاء الأخير أى برسو المزاد على مقدمه[2] (المادة ٩٩) . ويكفى ذلك لانعقاد البيع دون حاجة الى اثباته فى محرر[3] ،

---

(١) قارن عكس ذلك استئناف مصر ٩ يونيه ١٩٣٢ المحاماة ١٣ — ٥٤٤ — ٥١ ، وتتلخص وقائعه فى أن المجلس الحسبى أعلن عن بيع أطيان بالمزاد دون أن يحدد ثمنا أساسيا فرسا المزاد على أحد الأشخاص ثم قدم هذا بعد ذلك طلبا للمجلس الحسبى سحب فيه عطاءه وتنازل عن الشراء ، فقرر المجلس استبعاد هذا الطلب واعتماد قائمة المزاد ، فرفع الراسى عليه المزاد دعوى بعدم انعقاد البيع لصدور اعتماد قائمة المزاد بعد سحبه عطاءه ، وقضى له فى الاستئناف بذلك حيث قررت المحكمة أن البيع على هذه الصورة لم ينعقد لأن مجرد عرض الأرض للبيع بالمزاد بدون تحديد ثمن لا يعتبر ايجابا حتى يمكن القول بأن العقد تم بقبول الشراء بثمن معين اذ أن المجلس كان له بعد عرض هذا الثمن أن يقبله أو يرفضه . فسحب الايجاب قبل قبول المجلس يمنع المجلس الحسبى من القبول بعد ذلك » .

(٢) ويلاحظ أن رسو المزاد فى بيع العقارات بيعا جبريا لا يعتبر بيعا باتا ، بل بيعا مقترنا بشرط فاسخ هو حصول زيادة العشر خلال عشرة أيام. أما رسو المزاد بعد زيادة العشر فيعتبر بيعا باتا (فى هذا المعنى نقض مدنى ١٩ أبريل ١٩٤٥ المجموعة ٤٦ — ٢٢٨ — ١١٩) .

(٣) وتطبيقا لذلك قضت محكمة استئناف مصر فى ١٤ فبراير ١٩٣٥ بأنه اذا وافق المجلس الحسبى على بيع أطيان قصر وفاء لديونهم وحدد جلسة للمزاد ورسا المزاد على شخص

ما لم تكن قائمة المزاد أو القوانين أو اللوائح تجعل البيع معلقا على تصديق جهة معينة ، فلا ينعقد البيع الا بتصديق هذه الجهة[١] ، أى أن رسو المزاد فى ذاته لا يعتبر فى هذه الحالة بيعا تاما بل مجرد اتفاق على أن يتقيد الراسى عليه المزاد بعطائه الى أن يتم تصديق الجهة المعينة على البيع ؛ فينعقد البيع بهذا التصديق ، أو ينقضى برفض التصديق التزام الراسى عليه المزاد بالبقاء على عطائه[٢] .

ويجوز أن يتم التعاقد بالبيع بين البائع ونائب المشترى أو بين المشترى ونائب البائع أو بين نائبين أحدهما عن البائع والآخر عن المشترى، فتسرى

= معين وقرر المجلس توقيع البيع له وكلف الوصى توقيع البيع ، فان الايجاب والقبول يكونان قد وقعا ممن يملكان التعاقد وحصل الاتفاق على البيع والثمن فيكون البيع قد تم ولاعبرة بتحرير العقد لأن العقد ليس الا السند الكتابى للبيع وليس للراسى عليه المزاد أن يعدل بعد ذلك عن العقد من تلقاء نفسه لأنه لايملك العدول بغير ارادة الطرف الآخر ، ويجوز لهذا أن يلزمه بدفع الثمن (المحاماة ١٥ــ٢ــ٢٧٣ــ٣١٧) .

وواضح من ذلك أن العقد يتم بمجرد رسو المزاد وبقطع النظر عن وسيلة اثباته . أما من حيث اثباته فانه يخضع للقواعد العامة بمعنى أنه يجب اثباته بالكتابة متى جاوزت قيمتــه عشرة جنيهات . فاذا كانت الجهة القائمة بالبيع جهة رسمية فانها تحرر محضرا بالمزاد ويكفى هذا المحضر دليلا على حصول البيع ولو لم يوقعه البائع. أما ان كانت تلك الجهة غير رسمية فلا بد من توقيع البائع والمشترى .

والغالب فى بيع المنقولات بالمزاد أمام جهة رسمية (كدلال مثلا) أن يكتفى وقت رسو المزاد بأن يدفع المشترى عربوناً مقابل ايصال ويعتبر هذا الايصال فيما يتعلق باثبات البيع ضد البائع مبدأ ثبوت بالكتابة يجيز الاثبات بالبينة والقرائن .

(١) فى هذا المعنى استئناف مصر ٣٠ مايو ١٩٣٤ المجموعة ٣٦ رقم ٢٠ .

(٢) ولــكن لايجوز للجهة المختصة بالتصديق ارجاؤه مدة طويلة تجاوز الحد المعقول لأن فى ذلك اضرارا بالراسى عليه المزاد ولأن الأخير لايمكن أن يكون قصد الاضرار بنفسه وانما قصد التقيد بعطائه مدة معقولة . فاذا تراخت الجهة المختصة فى التصديق أكثر من هذه المدة انقضى التزام الراسى عليه المزاد بالبقاء على عطائه ، وجاز له العدول عن ايجابه ، واسترداد ما قد يكون دفعه من عربون أو تأمين مع المطالبة بتعويض عن تعطيل هذا العربون أو التأمين مدة تجاوز الحد المعقول (قارن فى هــذا المعنى مصر الابتدائية ٢٢ يونيه ١٩٢٥ المحاماة ٦ — ٢٧ — ٢٤) .

فى هذه الحالة أحكام النيابة (المواد ١٠٤ وما بعدها) ، أى أن النائب يعتبر عاقدا من حيث ان العقد ينعقد بارادته هو ، فيلزم أن تكون ارادته صحيحة وخالية من عيوب الرضا ، ولا يؤثر فى صحتها غلط الأصيل أو علمه أو عدم علمه بالمبيع ولا علمه ببعض الظروف الخاصة فى الأحوال التى يكون لعلم العاقد بهذه الظروف أثر فى صحة العقد . أما من حيث آثار العقد فان الأصيل هو الذى يعتبر طرفا فى البيع ، فان كان بائعا انتقلت منه الملكية ونشأ فى ذمته لا فى ذمة النائب حق مداينة المشترى بالثمن ، وان كان مشتريا انتقلت الملكية الى ذمته لا الى ذمة نائبه[1] .

ولا يجوز أن ينوب الشخص الواحد عن البائع والمشترى معا ، ولا أن ينوب عن المشترى اذا كان هو البائع أو ينوب عن البائع اذا كان هو المشترى (المادة ١٠٨) .

وفى جميع الأحوال يشترط فى انعقاد البيع أن يتم الاتفاق بين الطرفين على المبيع وعلى الثمن وعلى طبيعة العقد أى على ارادة البيع وارادة الشراء[2] ،

---

(١) غير أنه يشترط فى ذلك أن يكون النائب قد تعاقد بهذه الصفة أو أن يكون بينه وبينه الأصيل اتفاق على أن يعيره اسمه prête-nom فاذا اتفق شخص مع آخر على أن يدخل الثانى مزاد بيع عقار وأن يشترى هذا العقار باسمه لحساب الأول ، فان الثانى لايكون له بعد رسو المزاد عليه أن يدعى فى علاقته بالأول أنه هو مالك العقار . وقد قررت محكمة النقض فى ٢٩ أبريل ١٩٤٨ أن تحدى المدين بأن من استخدمه للدخول فى المزايدة يعتبر نائبا عنه بطريق اعارة الاسم وأن المعار اسمه لايتملك فى حق الأصيل ، هذا التحدى محله أن يكون الثابت فى الدعوى أن من رسا عليه المزاد كان عند رسو المزاد عليه معيرا اسمه . أما اذا كان الثابت أن الراسى عليه المزاد انما وعد المدين بأن يبيع له الأطيان عند رسو المزاد عليه اذا دفع له الثمن والمصاريف ، فذلك لايصح التحدى به فى انكار الملكية على الراسى عليه المزاد . (مجموعة القواعد القانونية ٥ — ٦١٣ — ٣٠٨) .

(٢) انظر فى هذا المعنى نقض مدنى ٩ يونيه ١٩٤٩ مجموعة القواعد القانونية ٥ — ٧٩٧ — ٤٣٣ وقد جاء فيه أن الحكم الذى يقام على أن بيعا تم بين طرفى الخصومة يجب أن يعنى باثبات توافر جميع أركان البيع من رضا ومبيع وثمن ، فاذا اكتفى الحكم باثبات توافر الركنين الأولين وأغفل الركن الأخير بمقولة ان أمره خارج عن نطاق الدعوى كان قضاؤه مخالفا للقانون . واذن فتى كانت عبارة الحكم تفيد أنه اعتبر البيع قد تم لأن الشهود الذين أحال على أقوالهم قد =

ولا يشترط الاتفاق على أكثر من ذلك[1] .

٣١ — **الاتفاق على المبيع** — لا بد فى انعقاد البيع من حصول الاتفاق على المبيع، أى تطابق الايجاب والقبول فيما يتعلق بالمبيع . فاذا عرض أحد الطرفين على الآخر أن يبيعه مالا معيناً بالذات ، وجب أن تتجه ارادة الطرف الآخر الى قبول شراء هذا المال ذاته ، والافلا يكون ثمة بيع لعدم الاتفاق على المبيع أو لوجود غلط فى ذاتيته . ومثل ذلك أن أطلب من دار للنشر أن تبيعنى كتاباً معيناً ، فتقبل هى أن تبيعنى كتاباً آخر ، فان البيع لا ينعقد على الكتاب الذى طلبته أنا ولا على الكتاب الذى قبلت هى بيعه. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض فى ١٩ يناير ١٩٥٠ بأن اختلاف الطرفين على مساحة المبيع وحدوده يمنع من تلاقى الارادتين وانعقاد العقد[2] .

٣٢ — **الاتفاق على الثمن** — وكذلك لا بد من توافق الارادتين على الثمن . فلا ينعقد البيع اذا عرض أحد الطرفين البيع بثمن معين ، فقبل الطرف الآخر الشراء بثمن أقل .

وقد تساءل الشراح عن حكم الفرض العكسى ، أى اذا عرض البائع أن يبيع بثمن معين ، فقبل المشترى الشراء بثمن أعلى . وذهب بعضهم

═ شهدوا بتبادل الرضاء على التعاقد، وأن ثبوت توافر ركن الرضا كاف فى القول بانعقاد البيع، أما الثمن وشروط البيع فقد رأى أن أمرها خارج عن نطاق الدعوى ، فهذا الذى قرره الحكم صراحة واعتمد عليه فى قضائه لا يصححه أنه فى معرض سرد وقائع الدعوى قد ذكر محصل أقوال الشهود فى القضية التى عطف عليها وأنهم شهدوا أيضا على الثمن ، اذ هو ما دام قد أفصح عما يرى اعتماده من أقوال الشهود فلا يجوز أن يضاف اليها ما صرح بأن بحثه خارج عن نطاق الدعوى » .

(١) السنهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٤٤ والأحكام التى أشار اليها .

(٢) نقض ١٩ يناير ١٩٥٠ المحاماة ٣٠ — ١٠٠٧ — ٤٥١ وقد جاء فيه أنه اذا كان ما تم بين الطرفين المدعى والمدعى عليه لم يكن الا أعمالا تحضيرية لم يتم فيها البيع ولم يتقدم فيها عقد غير ايصال بورود مبلغ ضئيل تأمينا على شراء قطعة أرض اختلف على مقدارها ومساحتها وحدودها مما يمنع من تلاقى الارادتين وانعقاد العقد ولم تنته باتفاق ملزم للطرفين فتكون دعوى صحة التعاقد على غير أساس.

الى أن البيع ينعقد فى هذه الحالة بالثمن الأقل الذى سماه البـائع باعتبار أن المشترى الذى قبل الشراء بثمن أعلى قد تضمنت ارادته القبول بالثمن الأقل لأن القليل داخل فى الكثير .

غير أننا نرى وجوب التفرقة فى هذا الشأن بين حالتين: الأولى أن يكون المشترى صدر فى قبوله الشراء بأزيد مما طلبه البائع عن غلط ، أى معتقداً أنه انما يقبل الشراء بالثمن الذى طلبه البائع ، ثم يتبين أن الثمن الذى طلبه البائع كان أقل من ذلك . والثانية أن يكون المشترى قد قصد أن يزيد فى الثمن الذى طلبه البائع لاقتناعه بأن المبيع يساوى هذه الزيادة وأن العدالة وقواعد الأخلاق تقتضيه رفع الثمن الى قيمة المبيع الحقيقية أو ما يقرب منها وعدم استغلال حاجة البائع أو جهـله بما يساويه المبيع فعلا . فالحل الذى ذهب اليه الشراح يصدق على الحالة الأولى أى حالة غلط المشترى ، فينعقد البيع بالثمن الذى سماه البائع أى بالثمن الأقل . ولـكنه لا يصدق على الحالة الثانية حالة قصد المشترى زيادة الثمن عما طلبه البائع كأن يعرض صديق على صديقه أن يبيعه كتاباً معيناً يساوى مائة قرش بخمسين قرشا فقط ، فيقول له الصديق الآخر بل اشتريه منك بمائة قرش ، وذلك لأنه كما يجوز القول فى هذه الحالة بأن قبول المشترى الشراء بمائة قرش يتضمن قبوله الشراء بخمسين قرشا ، كذلك يجوز القول بأن قبول البائع البيع بخمسين قرشا يتضمن قبوله البيع بمائة قرش . ولذا نرى أن العبرة بالثمن الذى سمى آخراً وهو فى المثال المتقدم مائة قرش ، وذلك تطبيقا للمادتين ٩٦و٩٨ من التقنين المدنى الحالى .
فقد نصت المادة ٩٦ على أنه اذا اقترن القبول بما يزيد فى الايجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه ، اعتبر رفضا يتضمن ايجابا جديداً . وبناء على ذلك يعتبر قبول المشترى فى المثل المتقدم الشراء بمائة قرش ايجابا جديداً ، لا قبولا للايجاب الصادر من البائع بالبيع بخمسين قرشاً . ويعتبر سكوت البائع عن معارضة هذا الايجاب الجديد قبولا له عملا بالمادة ٩٨ فقرة ثانية التى تنص

على أن « يعتبر السكوت عن الرد قبولا . . . اذا تمحض الايجاب لمنفعة من وجه اليه » ، ولأنه ظاهر أن زيادة الثمن من خمسين قرشا الى مائة تتمحض لمنفعة البائع فلا تحتاج منه الى قبول .

أما اذا فرضنا أن طالب الشراء هو الذى بدأ بأن عرض الشراء بمائة قرش ، فأجابه الآخر « بل أبيع لك بخمسين قرشا » ، فان هذه الاجابة تعتبر ايجاباً جديدا . ولأن هذا الايجاب الجديد يتمحض لمنفعة المشترى ، فلا يحتاج الى قبول منه ، ويعتبر العقد منعقداً بخمسين قرشا لا بمائة قرش .[1]

٣٤ — **الاتفاق على طبيعة العقد** — ويجب فوق الاتفاق على المبيع والثمن أن يتم الاتفاق على طبيعة العقد أى أن تتجه ارادة البائع الى البيع وارادة المشترى الى الشراء[2] . أما اذا قصد أحد الطرفين أن يؤجر ماله الى الآخر لقاء أجرة سنوية طوال حياته وقصد الآخر أن يشترى هذا المال فى مقابل ايراد مرتب مدى حياة البائع ، فلا يكون ثمة اتفاق على طبيعة العقد ولا ينعقد بينهما بيع ولا ايجار .

ولأن من طبيعة البيع أن ينشىء التزاما بنقل الملكية ، فان كل عقد لا يقصد به حقيقة انشاء هذا الالتزام لا يعتبر بيعا . مثل ذلك عقد بيع الوفاء اذا قصد به قرض مقترن برهن حيازى ، فانه لا يعتبر بيعا لأنه لا يقصد به انشاء التزام بنقل الملكية . وسيجىء أن القانون الحالى قد أبطل بيع الوفاء بطلانا مطلقا فى جميع الأحوال . ومثل ذلك أيضاً العقد الذى سماه بوتييه « مهاترة » mahatra وهو عقد بموجبه يشترى أحد العاقدين مالا بثمن مؤجل ثم يبيعه فى الوقت ذاته الى البائع الظاهر مباشرة أو من طريق شخص آخر يكون اسمه مستعاراً لحساب ذلك البائع بثمن معجل أقل من الثمن المؤجل الذى اشترى به . فيكون المقصود بهذا العقد المزدوج أن يبقى البائع الظاهر مالكا المبيع وأن ينقد المشترى الظاهر مبلغا معجلا وأن يصير الأخير

---

(١) انظر فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٤٣ هامش ١ .

(٢) نقض مدنى ١٠ يناير ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ — ٩٣ — ٩ .

ملتزماً بمبلغ مؤجل أكبر من المبلغ الذى قبضه ، أى أن نتيجة العقد تكون قرضا بفائدة . فلا ينعقد بين الطرفين بيع أصلا لأن ارادتهما لم تتجه الى البيع بل الى القرض .

ومن هذا القبيل أيضا العقد الذى يسميه الطرفان بيعا ولكنهما يتفقان فيه على ثمن تافه أو غير جدى أو على تنازل البائع عن الثمن ، فان ذلك يخالف طبيعة البيع من حيث هو معاوضة فلا يكون ثمة بينهما اتفاق حقيق على البيع ، ومن ثم لا يعتبر العقد المذكور بيعاً ، وقد يعتبر هبة اذا توافرت شروطها.

وليس معنى ذلك أنه يجب أن يتم اتفاق الطرفين على جميع أحكام البيع بل يكفى أن تتجه ارادتهما الى البيع والشراء وأن يتفقا على المبيع والثمن .أما باقى الشروط والأحكام فليس يلزم فى انعقاد البيع أن يحددها الطرفان فى الاتفاق ، لأن القانون قد تكفل بتنظيمها بقواعد مقررة واجبة التطبيق عند عدم الاتفاق على ما يخالفها . فان لم يعين الطرفان ميعاداً أو مكاناً لدفع الثمن أو لتسليم المبيع مثلا ، سرت عليهما فى ذلك أحكام القانون .

غير أنه اذا تفاوض الطرفان فى شأن تلك الشروط والأحكام واختلفا عليها ، فان اختلافهما ينفى قرينة تعويلهما فى شأنها على أحكام القانون ، ويكون اتفاقهما على البيع والمبيع والثمن غير كاف لانعقاد العقد لتعذر تكملته بالقواعد المقررة والمكملة لارادة العاقدين[1] . على أنه اذا اكتفى العاقدان بالاتفاق على هذه المسائل الجوهرية واحتفظا ببعض المسائل التفصيلية ، كميعاد دفع الثمن ومكانه وتسليم المبيع ، ليتفقا عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، فان العقد يتم. واذا قام فيما بعد خلاف على المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها وقت العقد ، فان المحكمة تقضى فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة (المادة ٩٥) . ويكون للمحكمة أن تقدر فى كل حالة ما اذا كان الاتفاق قد تم على جميع المسائل الجوهرية أم لا وما اذا كانت المسألة التى قام الخلاف فى شأنها تعتبر من المسائل التفصيلية أم لا تعتبر كذلك .

(١) السنهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٦٤ .

والغالب أن يوجه الايجاب الى شخص معين ، فينعقد العقد حينئذ بقبول هذا الشخص دون غيره . ولكن كثيراً ما يوجه الايجاب الى غير شخص معين كالايجاب الموجه الى الجمهور . أفيكفى هذا الايجاب ليقترن به قبول أى شخص ؟ وما مدى التزام الموجب فى هذه الحالة ازاء جميع الأشخاص الذين يتقدمون اليه بالقبول ؟

وكذلك يغلب أن يكون رضا الطرفين باتاً ، ولكن يحدث كثيراً أن يكون موصوفاً بشرط أومقترنا بأجل ، فيتعين علينا دراسة البيوع الموصوفة.

ويحدث أحياناً أن يلتزم شخص أن يبيع الى آخر اذا قبل الأخير الشراء أو أن يلتزم أن يشترى من آخر اذا قبل الأخير البيع فى مدة معينة . فلا يعتبر هذا العقد بيعاً وانما يعتبر وعداً بالبيع أو وعدا بالشراء ، وهو وثيق الصلة بالبيع لأنه كثيراً ما يؤدى اليه .

فيجب اذن فى دراسة ركن الرضا فى البيع أن نعرض بصفة خاصة لهذه المسائل الثلاث : (١) الايجاب الموجه الى الجمهور ،(٢) البيوع الموصوفة ، (٣) الوعد بالبيع والوعد بالشراء ، ثم نختم هذا الفصل بدراسة تفسير عقد البيع.

المبحث الأول

الايجاب الموجه الى الجمهور

٣٥ — **صور الايجاب الموجه الى الجمهور** — جرت عادة التجار أن يعلنوا عن سلعهم سواء بعرضها فى واجهات محلاتهم مع كتابة أثمانها عليها ، أو بالنشر عنها مع أثمانها فى الجرائد السيارة أو فى نشرات خاصة يرسلونها الى عملائهم أو يوزعونها على أفراد الجمهور . فالى أى حد يعتبر هذا الاعلان ايجاباً والى أى مدى يكون هذا الايجاب ملزما وصالحا لأن يقترن به قبول أى عميل أو أى فرد من أفراد الجمهور ؟

٣٦ – عرض السلع فى المتاجر – أما عرض السلع فى واجهات المحلات مع كتابة أثمانها عليها ، فلا نزاع فى أنه يعتبر ايجابا صريحا لأن التاجر يتخذ بذلك موقفا لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على أنه يقصد بيع هذه البضائع بالثمن المكتوب عليها (المادة ٩٠ فقرة أولى) . ولكن مثار الشك فى صلاحية هذا الايجاب لاقتران القبول به هو أنه غير موجه الى شخص معين، فيحتمل أن يقول التاجر لكل من يتقدم اليه بالقبول أنه لم يوجه اليه هذا الايجاب ولم يقصد أن يبيع له هو تلك السلعة . غير أن هذا الشك لا محل له لأن الأصل فى عقد البيع وبخاصة بيع السلع الجارية التى تعرض فى واجهات المحلات أن شخص المشترى لا يكون محل اعتبار فى التعاقد، فيكون هذا الايجاب ـ طالما أنه لم يعدل عنه بسحب البضاعة من واجهة المحل مثلا أو برفع الثمن المكتوب عليها ـ صالحا لأن يقترن به قبول أى فرد من أفراد الجمهور ، فينعقد البيع بين التاجر المذكور ومن يتقدم له بالقبول[1]. غير أن هذا العقد يرد على السلعة ذاتها المعروضة فى واجهة المحل دون غيرها من مثيلاتها الموجودة فى داخله ، وبخاصة اذا كانت الأخيرة غير مكتوبة عليها أثمانها أو غير موضوعة فى متناول يد الجمهور . فلا يكون التاجر ملزماً أن يبيع الى هذا المشترى عدداً آخر من نوع هذه السلعة[2] ، ويجوز له أن يسلمه اياها بذاتها وأن يرفض تسليمه سلعة أخرى من مثيلاتها اذا كان ذلك لا يلائمه . أما اذا عرض هو أن يسلم المشترى سلعة أخرى مماثلة للسلعة المعروضة نظراً لصعوبة سحب هذه السلعة الأخيرة من واجهة المحل ، وجب على المشترى أن يقبل ذلك ، والا كان متعسفاً فى استعمال حقه .

واذا كانت السلع معروضة فى داخل المتجر فى متناول يد الجمهور ومكتوبة عليها أثمانها جاز لكل شخص أن يطلب شراء ما يشاء منها الى أن ينفد المعروض كله ، الا اذا كان التاجر قد تحفظ فى ذلك وأعلن كتابة فى مكان بارز مثلا من متجره أنه لا يبيع الا قدراً معيناً لكل شخص .

(١) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط ج ٤ نبذة ٢١ ص ٤٧ .
(٢) اذ يعتبر عرضها مجرد دعوة الى التعاقد وليس ايجابا (فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٤٩) .

٣٧ — الاعلان عن السلع فى الصحف أو فى نشرات خاصة - وكذلك الاعلان عن السلع مع بيان أثمانها فى الجرائد أو فى نشرات توزع على الجمهور ، فانه يعتبر فى الغالب ايجاباً صحيحاً صالحاً لأن يقترن به القبول[1] . لكن أيترتب على ذلك التزام التاجر باجابة جميع الطلبات التى تقدم اليه بشأن السلع التى أعلن عنها ؟

ان القول بذلك يقتضى أن يكون لدى التاجر قدر من هذه السلع لا ينفد أو على الأقل يفى بجميع الطلبات ، وهو أمر نادر الوقوع .

ولذلك يجب فى تعيين مدى التزام التاجر فى هذه الحالة النظر فى العلاقة التعاقدية بينه وبين العملاء الذين يتقدمون اليه بطلباتهم وتفسيرها بحسب النية المشتركة للمتعاقدين مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات (المادة ١٥٠) .

ومن الواضح أن من يوجه اعلاناً الى الجمهور يقصد بذلك التعاقد مع من يتقدم اليه بالقبول أولا فأولا فى حدود مقدار ما عنده من السلع التى أعلن عنها وعدم التقيد بهذا الاعلان بعد نفاد تلك السلع ، وأن كل من اطلع على هذا الاعلان يعلم أنه موجه اليه والى غيره من الجمهور وأن كثيرين غيره قد يسبقونه فى القبول فيستنفدون القدر المعروض . فاذا وصل قبوله بعد نفاد السلع المعروضة ، كان وصوله بعد سقوط الايجاب ، فلا ينعقد به بيع ولا يلتزم به التاجر. أما اذا وصل القبول قبل ذلك ، انعقد به العقد والتزم التاجر بتنفيذه فى حدود ما يكون باقياً لديه من السلع التى عرضها ، ولم يجز

---

(١) يفرق الأستاذ السنهورى بين النشرات التى توزع على الجمهور وتلك التى ترسل الى أشخاص بأسمائهم بعناوينهم الخاصة ، ويرى أن هذه تعتبر ايجابا صحيحاً ، أما تلك فتعتبر مجرد دعوة الى الجمهور للتقدم بايجاب ، ولكن لايجوز لصاحب المتجر أن يرفض القبول بعد أن دعا الى شراء سلعته الا اذا استند فى ذلك الى أسباب مشروعة (السنهورى فى الوسيط ج٤ نبذة ٢١ ص ٤٧ ، ٤٨) .

له أن يمتنع عن التنفيذ ولا ان يرفع السعر الذى أعلن عنه ما دام لم يعلن عن رفع هذا السعر قبل وصول الطلب اليه .

واذا كان التاجر قد أعلن عن سلعة لم يملك منها شيئاً أو يملك منها قدراً يسيراً فقط قاصداً أن يشترى منها فى السوق ما يلبى به طلبات العملاء الذين يقبلون ايجابه ، فان الايجاب الصادر منه يكون صحيحاً و يكون محدوداً بالقدر اليسير الذى يملكه من هذه السلعة . فيلتزم باجابة طلبات من يتقدمون اليه بالقبول فى وقت مناسب بعد الاعلان ولا يكون له أن يتحلل من هذا الالتزام استناداً الى ارتفاع الأسعار أو ندرة الصنف الطارئة بعد الاعلان، واذا امتنع لزمه التعويض . أما اذا مضت مدة طويلة على الاعلان ، فان الايجاب الذى حصل عن طريقه يسقط ولا يلتزم التاجر باجابة الطلبات التى تقدم اليه بعد ذلك. ويقدر القاضى فى كل حالة المدة التى يسقط بها الايجاب الا اذا كانت هذه المدة قد حددت فى الاعلان ذاته فان الايجاب يسقط بانقضائها .

واذا أعلن التاجر أنه يبيع سلعة معينة بثمن محدد يدفع أقساطا ، فلا يجوز له أن يمتنع عن البيع لمن يطلب ذلك بمقولة انه لا يطمئن الى سداده الأقساط المؤجلة ، الا اذا كان قد احتفظ فى الاعلان بحقه فى ذلك أو كان طالب الشراء شخصا قد سبق أن شهر افلاسه أو اعساره وفقا لنصوص القانون .

المبحث الثانى

البيوع الموصوفة

٣٨ — **حكم أوصاف الرضا بوجه عام** — يجوز أن يقترن رضا العاقدين فى عقد البيع بشرط ، كما يجوز أن يضاف العقد الى أجل ، فتسرى عليه فى الحالين الأحكام الخاصة بذلك وهى تتلخص فيما يلى :

(١) اذا كان العقد مضافا الى أجل، فان كان الأجل واقفا امتنعت آثار العقد قبل حلول الأجل . ومتى حل الأجل ترتبت على العقد آثاره من ذلك الوقت ودون استناد الى الماضى . وان كان فاسخا أنتج العقد جميع آثاره منذ انعقاده والى حين حلول الأجل . ومتى حل الأجل انتهى أثر العقد بالنسبة الى المستقبل .

(٢) واذا كان العقد معلقا على شرط واقف ، توقفت آثاره على تحقق الشرط. فان تحقق نفذت آثار العقد مستندة الى وقت انعقاده ، وان تخلف الشرط امتنعت آثار العقد . أما اذا اقترن العقد بشرط فاسخ ، فان هذا الشرط لا يقف آثار العقد بل تحدث هذه الآثار ويتوقف زوالها أو بقاؤها على تحقيق الشرط أو تخلفه[1]. وفى كلتا الحالين يكون للشرط أثر رجعى (أى استناد الى الماضى) .

ويجب أن نفرق بين اضافة العقد كله الى أجل وبين تعليق أحد الحقوق أو الالتزامات الناشئة عنه على أجل . فلا يعتبر العقد موصوفاً الا فى الحالة الأولى ، وهى التى توقف فيها جميع آثاره الى حين حلول الأجل . ومثل ذلك عقد اجارة تبدأ من أول العام القادم. أما فى الحالة الثانية فيعتبر العقد باتاً وينتج جميع آثاره من وقت انعقاده . وغاية الأمر ان بعض الحقوق أو الالتزامات تكون فى هذه الحالة الأخيرة غير حالة، أى موقوفة على أجل، ولا تصير مستحقة الأداء الا من وقت حلول ذلك الأجل ، كعقد البيع بثمن مؤجل كله أو بعضه . فان البيع يكون فى هذه الحالة باتا ، وتنتقل الملكية به

---

(١) وقد حكم بأن الاتفاق فى عقد البيع على أنه لا يعتبر نهائيا الا بعد وفاء القسطين المنصوص عليهما فيه وأنه لا يجوز للمشترى التصرف فى المبيع الا بعد ذلك لا يمكن أن يكون الغرض منه أو أن يترتب عليه سوى حفظ حق البائع فى فسخ البيع حتى بالنسبة الى المتصرف اليهم من المشترى ولا يعتبر شرطا واقفا لوعـــد بالبيع [استئناف مختلط ٢ مارس ١٩٣٣ (٤٥ ص ١٩٤)] .

فوراً ، ويجوز للمشترى أن يطلب تسلم المبيع من وقت العقد وللبائع أن يطالب دفع مالم يؤجل من الثمن. أما الجزء المؤجل فلا تجوز المطالبة به الا عند حلول الأجل .

كما يجب أن نفرق بين الشرط الفاسخ الصريح والشرط الفاسخ الضمنى الذى يفرض وجوده فى كل عقد ملزم الجانبين ، اذ أن الأول ينتج أثره فى فسخ العقد بمجرد تحققه وبقوة القانون ودون حاجة الى طلب الفسخ ، ولا يملك القاضى فى شأنه ـ متى ثبت له تحققه ـ سوى الحكم بالفسخ واعتباره العقد كأن لم يكن ، فى حين أن الثانى لا ينتج أثره فى الفسخ الا بحكم القاضى وبناء على طلب الدائن فى الالتزام الذى حصل الاخلال به ، ويملك هذا فيه سلطة تقدير مطلقة، فيجوز له أن يحكم بالفسخ اذا رأى اخلال المدين جسيما ولا أمل فى تداركه ، ويجوز له أن يرفض الفسخ اذا وجد الاخلال على عكس ذلك (١) .

على أن اضافة البيع الى أجل واقف أو تعليقه على شرط واقف لا يمنع العاقد المعلقة حقوقه على حلول الأجل أو على تحقق الشرط من اتخاذ الاجراءات اللازمة للمحافظة على حقه قبل تحقق الشرط ، فيجوز للمشترى بعقد معلق على شرط واقف أن يطلب تعيين حارس على البيع اذا خيف عليه، ويجوز له أن يسجل عقده اذا كان المبيع عقاراً حتى اذا ما تحقق الشرط استند

---

(١) انظر فى هـذا المعنى نقض مدنى ٢ أبريل ١٩٣٦ المجموعة ٣٧ رقم ١٨٥ المحاماة ١٧ ـ ٦٨ ـ ٣٨ مجموعة القواعـد القانونية ١ ـ ١٠٨٦ ـ ٣٤٣ ، ٨ ديسمبر ١٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية ١ ـ ١٥٢ ـ ٨١ ، ٤ ديسمبر ١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونية ٥ ـ ٤٩٨ ـ ٢٣٧ المحاماة ٢٨ ـ ١٠١٨ ـ ٤١٢ ، ٢ مايو ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية ٥ — ١٥٥ — ٦٨ المجموعة ٤٨ ـ ٣٩٩ ـ ٢١٠ وقد جاء فى هذا الحكم الأخير أن الشرط الفاسخ الضمنى والشرط الفاسخ الصريح أمران متغايران لا يمكن أن يقوم حكم عليهما مجتمعين لاختلافهما طبيعة وحكما .

انتقال الملكية الى وقت التسجيل السابق على تحققه [١] .

ولا تقتصر أوصاف الرضا على الشرط والأجل ، بل يجوز أيضاً أن يقترن الرضا فى عقد البيع بتعدد المحل وثبوت خيار التعيين لأحد العاقدين أو يقترن بحق المشترى الظاهر فى تعيين شخص من يعتبر مشترياً بصفة نهائية، فنعرض فيما يلى أهم الصور العملية لأوصاف الرضا فى عقد البيع .

٣٩ — (أ) البيع بشرط التجربة — البيع بشرط التجربة vente à l'essai هو البيع الذى يحتفظ فيه المشترى بحق تجربة المبيع .وقد كان التقنين الملغى يقتصر فى شأنه على النص بأنه يعتبر موقوفا على تمام الشرط (المادة ٢٤٢/٣٠٨). أما التقنين الحالى فقد فصل أحكام هذا النوع من البيع فى المادة ٤٢١ منه حيث نص على أنه :

١ — فى البيع بشرط التجربة يجوز للمشترى أن يقبل المبيع أو يرفضه ، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة . فاذا رفض المشترى المبيع وجب أن يعلن الرفض فى المدة المتفق عليها . فان لم يكن هناك اتفاق على المدة ففى مدة معقولة يعينها البائع . فاذا انقضت هذه المدة وسكت المشترى مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا .

٢ — ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع الا اذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ » .

فاذا اتفق البائع والمشترى على أن يحتفظ المشترى بحق تجربة المبيع واقرار الشراء بعد نجاح التجربة ،كان الأصل فى العقد أنه معلق على شرط واقف هو قبول المشترى المبيع بعد تجربته . ويجوز أن يستفاد تعليق العاقدين البيع على شرط التجربة من العرف الثابت كما فى بيع الملابس الجاهزة اذ جرى العرف

---

(١) وحكم بأنه فى حالة البيع المعلق على شرط يبدأ سريان ميعاد الأخذ بالشفعة من تاريخ علم الشفيع بالبيع لا من تاريخ تحقق هذا الشرط بالذات (استئناف مختلط ٩ يونيه ١٩٣٦ المحاماة ١٨—٢٠٥—١٠٠).

فى شأنها على أن البيع يكون معلقا على تجربة المشترى اياها من حيث المقاس.

وقد أوجبت المادة ٤٢١ فقرة أولى على البائع فى هذه الحالة أن يمكن المشترى من تجربة المبيع(١) ، وأعطت المشترى بعد التجربة الخيار بين القبول والرفض . فان قبل ، تحقق الشرط الواقف وأنتج العقد آثاره من وقت انعقاده . وان رفض ، تخلف الشرط وامتنع على البيع أن ينتج أى أثر وأصبح كأن لم يكن .

على أنه لا يجوز أن يترك هذا الخيار للمشترى الى أمد غير محدود لأن ذلك من شأنه أن يضر بالبائع . والغالب أن يعين الطرفان مدة الخيار فى العقد أو أن يحدد العرف هذه المدة ، والا جاز للبائع أن يعين مدة معقولة يطلب الى المشترى أن يبدى فى خلالها رأيه بالقبول أو الرفض . ويجوز المشترى حينئذ أن يتظلم من قصر هذه المدة . ويجب عليه اذا اختار الرفض أن يعلن رأيه فى خلال المدة المعينة ، والا اعتبر سكوته قبولا مالم يكن راجعاً الى عدم تمكنه من التجربة . واذا امتنع عن اجراء التجربة ، جاز للبائع أن يستصدر حكما باعتبار الشرط الواقف متحققا حكما لتسبب المشترى فى تخلفه .

---

(١) ويلاحظ أن التزام البائع بتمكين المشترى من تجربة المبيع لا يمكن أن يكون ناشئا من عقد البيع الموقوف على شرط التجربة ، لأن العقد المعلق على شرط واقف لاينتج أى أثر الى أن يتحقق ذلك الشرط . فلا بد من القول بأن هذا الالتزام انما ينشأ من عقد آخر غير مسمى يقترن به عقد البيع المعلق على شرط التجربة ، هو وعد من البائع بتمكين المشترى من التجربة (كما سيجىء أيضا فى شأن بيع المذاق) ، أى أنه عقد متميز عن عقد البيع فى هذه الصورة من حيث انه منجز فى حين أن عقد البيع معلق على شرط واقف .

ولا يعترض على ذلك بأن المشرع نفسه كيف البيع بشرط التجربة بأنه بيع معلق على شرط واقف ولم يذكر شيئا عن اقترانه بعقد الوعد المذكور لأن المشرع لم يكن يعنيه تكييف الاتفاق فى ذاته ، وانما كان يعنيه فقط انشاء قرينة على أن المقصود بهذا النوع من البيع ألا ينتج أثره الا بعد التجربة ونجاحها مالم يتفق الطرفان على عكس ذلك . وحسبه أنه نص على التزام البائع بتمكين المشترى من التجربة حتى يستفاد من ذلك وجود وعد منجز الى جانب البيع بشرط التجربة يكون هو مصدر هذا الالتزام .

واذا مات المشترى قبل اجراء التجربة انتقل حقه فى اجرائها الى ورثته من بعده.

ويرجع الى قصد العاقدين فيما يتعلق بالحكم على نتيجة التجربة. فقد يريدان تعليق البيع على مشيئة المشترى بعد التجربة ، وقد يريدان تعليقه على مجرد نجاح التجربة ودلالتها على صلاحية المبيع للغرض الذى يقصد من مثله عادة. وفى هذه الحالة الأخيرة لا يجوز للمشترى رفض المبيع الا اذا بين وجه عدم صلاحيته ، ويجوز للمحكمة أن تستعين بالخبراء لتقرير ذلك . وقد اعتبر التقنين المدنى الحالى أن تعليق العاقدين البيع على مشيئة المشترى بعد التجربة هو الأصل ، مالم يتبين أنهما قصدا غير ذلك . وقالت المذكرة الايضاحية فى هذا الشأن ان « للمشترى حرية القبول أو الرفض، فهو وحده الذى يتحكم فى نتيجة التجربة . وقد جارى المشروع فى ذلك التقنين الألمانى (م ٤٩٥) والتقنين النمسوى (١٠٨٠ معدلة) وتقنين الالتزامات السويسرى (م ٢٢٣) والتقنين البولونى (م ٣٣٩) ، فان المفروض أن يكون المبيع من الأشياء التى يتطلب أن تناسب المشترى مناسبة شخصية ، فهو وحده الذى يستطيع أن يقرر ذلك » . أما اذا تبين أن العاقدين قصدا فقط تعليق البيع على مجرد ثبوت صلاحية المبيع للغرض الذى يستخدم فيه عادة ، لم يجز للمشترى أن يتحكم فى نتيجة التجربة .

ولقاضى الموضوع أن يستخلص نية العاقدين المشتركة من وقائع الدعوى دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات (المادة ١٥٠) .

ويلاحظ أن تكييف بيع التجربة بأنه معلق على شرط واقف لا يكفى لتفسير قيام التزام البائع بتمكين المشترى من تجربة المبيع ، وأنه لابد فى تفسير ذلك من القول بأن عقد البيع يقترن باتفاق ضمنى بات يلتزم البائع بموجبه بتمكين المشترى من التجربة[1] .

(١) أنظر ماتقدم فى هامش الصفحة السابقة .

ومع أن الأصل فى شرط التجربة أن يعتبر شرطاً واقفاً، فانه يجوز أن يتفق العاقدان صراحة أو ضمنا على أن تجربة المبيع وثبوت عدم صلاحيته أو عدم ملاءمته للمشترى يعتبران شرطا فاسخا ، فينعقد البيع وينفذ منذ انعقاده على أن يفسخ اذا تبين من التجربة أن المبيع غير صالح ، ويكون للفسخ أثر رجعى .

٤٠ — (٢) **البيع بشرط المذاق** — من المبيعات ما تختلف فيه أذواق الناس كالمأكولات والمشروبات ، فيجوز فيها للمشترى أن يذوق المبيع وأن يعلق شراءه على ملاءمته لذوقه . وقد جعل المشرع الفرنسى هذا الشرط مفروضاً ضمناً فى بيع الأنبذة والزيوت وغيرها من الأشياء التى جرت العادة بذوقها قبل شرائها (المادة ١٥٨٧ فرنسى) .

ولم يعرض التقنين المصرى الملغى للبيع بشرط المذاق ، لا من حيث اعتبار البيع حاصلا بهذا الشرط فى بعض الأحوال ولا من حيث تكييف العلاقة القانونية بين الطرفين فى البيع المقترن به . فاختلف الشراح فى شأنه وتعددت آراؤهم . فذهب البعض الى أن البيع يعتبر حاصلا بشرط المذاق فى الأشياء التى اعتاد الناس ذوقها قبل شرائها واستندوا فى ذلك الى المادة ٢٤٥/٣١١ التى تقضى بأنه اذا لم يذكر فى عقد البيع شرط له ، فيعتبر البيع باتاً الا اذا كان عرف البلد أو عرف التجارة يقضى بشروط ضمنية ولو لم يذكر ذلك فى العقد (جرانمولان) .

وذهب فريق آخر الى أن المشرع المصرى استغنى عن النص على البيع بشرط المذاق بالنصوص المتعلقة بخيار الرؤية ، باعتبار أن هذا الخيار يقتضى العلم بالمبيع علماً كافياً ، وأن هذا العلم لا يمكن تحصيله فى المشروبات والمأكولات الا من طريق ذوقها ، فيعتبر بيع هذه الأشياء فى جميع الأحوال مقترناً بشرط المذاق (حلمى عيسى) .

وذهب رأى ثالث الى أن المشرع المصرى اذ نص على البيع بشرط

التجربة ولم ينص على البيع بشرط المذاق ، قد قصد استبعاد حكم القانون الفرنسي فى هذا البيع الأخير . فاذا ثبت حصول البيع بشرط المذاق باتفاق صريح أو ضمنى ، وجب أن يطبق عليه حكم القانون المصرى المتعلق بالبيع بشرط التجربة (أى اعتبار البيع موقوفا على شرط) ، لا حكم القانون الفرنسى الذى لا يعتبر للبيع وجوداً الا بعد المذاق والقبول (الهلالى) .

وقد حسم التقنين المدنى الحالى هذا الخلاف اذ بين فى المادة ٤٢٢ منه حكم بيع الشىء بشرط المذاق ، فدل بذلك على أن حكمه لا ينطبق الا اذا وجد شرط صريح أو ضمنى يخول للمشترى توقيف البيع على نتيجة المذاق . غير أن هذا الشرط يمكن استنباطه من طبيعة المبيع وما جرى عليه التعامل فى مثله .

وقد انقسمت الشرائع فى تكييف بيع المذاق وترتيب حكمه ، فاعتبره بعضها بيعا معلقا على شرط واقف كما فى البيع بشرط التجربة ، على أن يكون الشرط هو قبول المشترى المبيع بعد أن يذوقه . فاذا تحقق هذا الشرط كان له أثر رجعى من وقت العقد (ومن هذا الفريق التقنين الأسبانى م١٤٥٣ ، والتقنين البرتغالى م١٥٥١ ، والتقنين الهولندى م١٤٩٩ ، والتقنين الأرجنتينى م١٣٧٠) ، وذهب البعض الآخر الى أن بيع المذاق لا يعتبر بيعا معلقا على شرط واقف أو فاسخ ، بل هو لا يتم الا من وقت اعلان المشترى قبوله المبيع فلا يكون له أثر رجعى . أما قبل اعلان هذا القبول فلا يكون ثمة بيع بل مجرد وعد بالبيع من جانب البائع وحده فيستطيع المشترى أن يلزم البائع ولا يستطيع البائع أن يلزم المشترى (ومن هذا الفريق التقنين الفرنسى م١٥٨٧ ، والتقنين اللبنانى م٣٩٢) .

وقد أخذ المشرع المصرى فى التقنين الحالى بهذا الرأى الأخير ، فنص فى المادة ٤٢٢ منه على أنه «اذا بيع الشىء بشرط المذاق كان للمشترى أن يقبل البيع ان شاء ، ولكن عليه أن يعلن هذا القبول فى المدة التى يعينها الاتفاق

أو العرف ولا ينعقد البيع الا من الوقت الذى يتم فيه هذا الاعلان » .

ويظهر من ذلك أن المشترى فى بيع المذاق لا يكون مرتبطا بعقد البيع قبل أن يذوق المبيع ويقبل شراءه . بل ان له كامل الحرية فى تقدير ملاءمة المبيع لذوقه أو عدمها اذ المذاق مسألة شخصية بحتة لا يصح أن يفصل فيها بمعيار مادى ، فيكون للمشترى مطلق الخيار فى أن يقبل البيع أو أن يرفضه بعد أن يذوق المبيع ، ولا يجوز للبائع أن يثبت جودة المبيع الذى لم يقره المشترى، ولا أن يثبت أنه من الصنف المألوف عند الكافة ،أو أن يطلب تعيين خبير لتقدير سلامة الصنف وصلاحيته ، وذلك لأن المشترى لا يعتبر مشتريا الا من الوقت الذى يقبل فيه الشراء بعد ذوق المبيع .

أما البائع فانه يكون مرتبطاً بوعد بالبيع ، ويجب عليه أن يمكن المشترى من ذوق المبيع ، فاذا امتنع عن ذلك أو تصرف فى المبيع قبل أن يمكن المشترى من ذوقه ، كان مخلا بالتزامه ووجب عليه التعويض .

ويجب على البائع أن يمكن المشترى من ذوق المبيع فى المكان المتفق عليه ، أو ـ عند عدم الاتفاق ـ فى المكان الذى يجب فيه تسليم المبيع وهو فى الغالب المكان الذى كان يوجد فيه المبيع وقت العقد .

ولأن حق توقيف العقد على نتيجة المذاق يعتبر حقاً استثنائياً لا يثبت الا اذا اشترط فى العقد صراحة أو كانت طبيعة المبيع والعرف الجارى لا تدع مجالا للشك فى الأخذ به ، فان المشترى لا يكون له مطلق الحرية فى القبول أو الرفض الا اذا كانت ارادة العاقدين قد اتجهت الى ذلك صراحة أو ضمناً. وبالعكس من ذلك قد يستفاد من طبيعة المعاملة قصد العاقدين تقييد حرية المشترى فى قبول المبيع بعد مذاقه أو رفضه ، كما اذا كان المشترى تاجراً فى الزيوت أو الأنبذة ، فلا تكون العبرة بملاءمة المبيع لذوقه الشخصى ولا يكون له مطلق التقدير ، بل يجوز الالتجاء فى ذلك الى تقدير أهل الخبرة ليقرروا جودة الصنف أو مطابقته للمألوف عند الناس .

ويجوز للمشترى أن ينزل فى أى وقت عن حقه فى ذوق المبيع . ولكن لا يترتب على ذلك أن يصير ملزما بقبول المبيع أيا كان طعمه ، بل يترتب عليه فقط أن لا يكون له الحق فى رفض المبيع لعدم ملاءمته لذوقه الشخصى ، ويجوز له رفض المبيع لعدم مطابقته للمألوف فى مثل هذا الصنف ، ويرجع فى ذلك الى تقدير الخبراء .

٤١ — *مقارنة بيع المذاق بالبيع بشرط التجربة* — بيع المذاق يبدأ بأن يكون وعداً ملزماً جانبا واحدا هو جانب البائع ويكون المشترى حراً فى قبول البيع أو عدمه . والأصل فى هذا الخيار رفض المشترى ، ولا يتم البيع الا باعلان القبول . ولا تنتقل ملكية المبيع الى المشترى الا بعد المذاق والقبول ولو كان المبيع معينا بالذات .

أما البيع بشرط التجربة ، فيبدأ بيعا صحيحا ملزما الجانبين ولكنه يكون معلقا على شرط واقف هو بحسب ارادة العاقدين اما قبول المشترى بعد التجربة واما نجاح التجربة فى ذاتها . وفى الحالة الأولى دون الثانية يكون المشترى حراً فى قبول البيع أو عدمه . والأصل فيه القبول مالم يعلن رفضه ، فاذا لم يعلن الرفض فى الوقت المعين لذلك اعتبر الشرط أنه تحقق وكان لتحققه أثر رجعى ، فينتج البيع آثاره من وقت انعقاده وليس من وقت القبول أو عدم الرفض فحسب[1] .

فاذا أوقع أحد دائنى البائع الحجز على المبيع قبل موافقة المشترى التالية للمذاق أو التجربة ، جاز للمشترى بعد القبول أن يطلب رفع الحجز عن المبيع اذا كان البيع بشرط التجربة لأن الملكية تنتقل اليه مستندة الى وقت البيع ، ولم يجز له ذلك اذا كان البيع بشرط المذاق لأن الملكية لا تنتقل اليه الا من وقت القبول التالى للمذاق .

وكذلك الحال اذا أفلس البائع قبل المذاق أو التجربة ، فيجوز للمشترى

(١) ويلاحظ ماتقدم فى هامش ص٦١ من أن هذا البيع المعلق على شرط واقف يكون مصحوبا بوعد من البائع بتمكين المشترى من تجربة المبيع .

بشرط التجربة أن يطالب وكيل التفليسية (السنديك) بتسليمه المبيع باعتباره مملوكا له ولا يجوز ذلك للمشترى بشرط المذاق .

٤٢ — (٣) *البيع مع الاحتفاظ بحق العدول* — ويجوز أن يتفق البائع والمشترى على أن يكون لكل منهما أو لأحدهما حق العدول عن العقد فى مدة معينة . فيكون العقد مقترنا بشرط فاسخ هو العدول خلال هذه المدة وتترتب عليه آثاره من وقت انعقاده . فاذا تم العدول عنه خلال المدة المعينة ، تحقق بذلك الشرط الفاسخ وترتب على تحققه زوال كل أثر للعقد من يوم انعقاده ، والا تخلف الشرط وترتب على ذلك بقاء العقد منتجا آثاره كما لو كان قد انعقد دون اقترانه بالشرط .

والغالب عملا أن يعين العاقدان أجلا لاستعمال رخصة العدول عن العقد . وقد قضت المحاكم بأنه اذا لم يعين العاقدان أجلا لذلك جاز لمن تقررت له رخصة العدول عن العقد أن يستعملها فى أى وقت قبل أن يتم تنفيذ العقد .

ويرى الشراح فى فرنسا أن المدة التى يجوز فيها للعاقدين استعمال حق العدول عن العقد يجب ألا تجاوز خمس سنوات حتى لا تبقى العقود ، وبخاصة ما كان منها ناقلا للملكية ، مهددة بالزوال مدة طويلة لما يترتب على ذلك من عدم استقرار الحقوق واضعاف الائتمان . وقد حددوا المدة القصوى بخمس سنوات قياساً على المدة التى حددها القانون الفرنسى ليستعمل فيها المشترى وفاء حقه فى استرداد المبيع .

ويجوز بدلا من اعتبار العدول شرطاً فاسخا أن يتفق العاقدان على أن يعتبرا عدم العدول شرطا واقفا ، فينعقد البيع على أن يكون لأحد العاقدين

أو لكل منهما رخصة العدول وعلى أن لا يصير البيع نافذاً الا اذا انقضت مدة معينة دون أن يعدل عنه من له الحق فى ذلك . فاذا استعملت رخصة العدول فى المدة المعينة تخلف بذلك الشرط الواقف وترتب على تخلفه انعدام كل أثر للعقد . واذا لم تستعمل ، تحقق بذلك الشرط وتأيد البيع نهائياً بأثر رجعى .

ويكون استعمال الحق فى العدول بالتعبير عنه صراحة ، ويجوز أن يكون ضمنيا كما لو قام البائع ببيع المبيع الى شخص آخر ، أو قدم المشترى الى البائع شخصا آخر على أنه يرغب فى شراء المبيع ذاته .

ويعتبر نزولا عن استعمال هذه الرخصة قيام الطرف المقرر له حق العدول بعمل من أعمال تنفيذ العقد كتسلم المشترى المبيع أو دفعه بعض أقساط الثمن ، ويترتب عليه تأييد البيع نهائياً وعدم جواز العدول عنه بعد ذلك ولو لم تكن مدة الخيار قد انقضت(١) .

على أنه يجب فى جميع الحالات أن يكون الاتفاق على جواز العدول عن العقد واضحاً(٢) ، وأن يبين فى جلاء حقيقة المقصود بهذا الشرط ان كان واقفا أو فاسخا .

ويعتبر العدول عن العقد قبل انقضاء المدة المعينة لذلك حقا لمن تقرر لمصلحته ، فيجوز له استعماله ولو لم يقع تقصير من الطرف الآخر ، ولا يترتب على استعماله أى التزام بتعويض الا اذا ثبت أنه كان استعمالا غير مشروع وفقاً للمادة ٥ مدنى .

---

(١) فى هذا المعنى استئناف مصر ٢١ فبراير ١٩٢٤ المجموعة ٢٦ رقم ٣٩ .

(٢) استئناف مختلط ١١ ديسمبر ١٩٣٥ المحاماة ١٧–١٤٧٣ – ٢٢٨ وقد جاء فيه أن عدم النص فى العقد على حق العدول لايمنع المتعاقدين من أن يعدلا برضائهما ضمنا عن حقوقهما المتبادلة فى تنفيذ عقد بيع بضاعة .

٤٣ — (٤) البيع بالعربون — العربون هو مبلغ من النقود يدفعه أحد العاقدين الى الآخر وقت العقد .

ولدفع العربون احدى دلالتين : اما أن يقصد به تأكيد وصول الطرفين الى الاتفاق على العقد وابرامه ، واما أن يقصد به أن العاقدين قد اشترطا لكل منهما حق العدول عن العقد فى مقابل ترك العربون ممن دفعه أو رده مضاعفا ممن قبضه .

وقد نصت المادة ١٥٩٠ مدنى فرنسى على حكم العربون فى الوعد بالبيع ، فقررت أنه « اذا اقترن الوعد بالبيع بدفع عربون كان لكل من العاقدين حق العدول عن العقد ، فاذا عدل من دفع العربون خسره ، واذا عدل من قبضه وجب عليه رد ضعفه » . ويبين من ذلك أن القانون الفرنسى رجح احدى دلالتى العربون على الأخرى . وقد رأى الفقه والقضاء أن هذا الحكم ولو أنه ورد فى شأن الوعد بالبيع ينطبق على عقد البيع ذاته ، بل أجاز بعضهم تعميمه وتطبيقه فى سائر العقود التى يصحب عقدها دفع عربون .

على أنه لا نزاع فى أن حكم المادة ١٥٩٠ حكم مقرر أو مفسر لارادة العاقدين ، فاذا ثبت اتجاه ارادتهما الى غيره وجب اتباع ما اتجهت اليه .

وفى التقنين المدنى المصرى الملغى لم يرد ما يقابل نص المادة ١٥٩٠ مدنى فرنسى ، فرأى بعض المحاكم أن ذلك لا يمنع من تطبيق حكم هذا النص فى القانون المصرى لأنه نص مفسر لارادة العاقدين[1] ، ولكن الكثرة اجتهدت فى استنباط قصد العاقدين من دفع العربون فى كل حالة ، فثبت لها فى كثير من الحالات اتجاه نية العاقدين الى اعتبار دفع العربون تأكيداً لحصول

---

(١) استئناف مصر ٨ فبراير ١٩٤٨ المحاماة ٣٠–١٠١٦–٤٥٧ وقد جاء فيه أن العرف جرى فى مصر بما يتفق مع نص المادة الفرنسية المذكورة وسجله القضاء فى أحكام كثيرة له . انظر أيضا الاسكندرية الوطنية ٢٥ يونيه ١٩٢٨ المحاماة ١٩–٣٩٨–١٧٦ ؛

الاتفاق وضماناً لتنفيذه ، فقضت فى هذه الحالات بأنه اذا نفذ العقد من دفع العربون حسب له العربون من أصل التزامه ، أما اذا امتنع عن التنفيذ واضطر الطرف الآخر الى طلب الفسخ اعتبر دفع العربون بمثابة شرط جزائى يحدد التعويض الذى يستحق عن هذا الفسخ(١) . كما ثبت لها فى حالات أخرى دلالة دفع العربون على اتجاه نية العاقدين الى الاحتفاظ لكل منهما بحق العدول عن العقد ، وقضت فى هذه الحالات بأن المشترى اذا عدل عن العقد أو امتنع عن تنفيذه خسر العربون وأن البائع اذا عدل أو امتنع وجب عليه رد العربون وضعفه(٢) ، وذلك بقطع النظر عن حصول ضرر للطرف الذى لم يأت العدول من جانبه أو عدم حصوله ، وفرقت أحياناً بين دفع العربون وقت عقد البيع الابتدائى ودفعه وقت تحرير العقد النهائى ، فاعتبرته فى الحالة الأولى دالا على ثبوت حق العدول لكل من الطرفين وفى الحالة الثانية دالا على نهائية العقد وعدم قابليته للعدول عنه(٣) .

وقضت محكمة النقض بأن استخلاص نية العاقدين فيما قصداه بدفع العربون يعتبر مسألة موضوعية فاذا كان ما استظهرته محكمة الموضوع من نية العاقدين فى هذا الشأن تفسيرا للعقد تحتمله عباراته فذلك يدخل فى سلطتها التقديرية التى لا تخضع فيها لرقابة محكمة النقض(٤) .

ولمحكمة الموضوع أن تستظهر نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها ومن نصوص العقد لتتبين ما اذا كان المبلغ المدفوع هو بعض الثمن الذى

---

(١) نقض مدنى ٢٠ أبريل ١٩٤٤ المحاماة ٢٦ـ٨٦٤ـ٢٩٤ ، الاسكندرية الوطنية ١٦ مارس ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ ــ ١٤٠٧ ــ ٦١٦ . استئناف مختلط ١٢ مايو ١٩٣١ المحاماة ١٢ ــ ٩٠٩ ــ ٤٥٩ ، الاسكندرية المختلطة ١٥ أبريل ١٩٤٤ (٥٦ ص ١٠٣) .

(٢) أنظر فى هـذا المعنى استئناف مصر ٣ مايو ١٩٢٠ المجموعة ٢٢ رقم ١١٢ ، ٢١ فبراير ١٩٢٤ المحاماة ٣ـ٥٣٩ـ٤١٤ ، ٢١ نوفبر ١٩٢٥ المجموعة ٢٧ رقم ٩٠ .

(٣) استئناف مصر ٢١ فبراير ١٩٢٤ المجموعة ٢٦ رقم ٣٩ المحاماة ٤ ــ ٥٣٩ ــ ٤١٤ .

(٤) نقض مدنى ٢١ مارس ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية ٥ـ١٣٢ ــ ٥٢ .

انعقد به البيع باتاً أم أنه عربون فى بيع مصحوب بخيار العدول اذ أن ذلك مما يدخل فى سلطتها الموضوعية متى كان مقاماً على أسباب سائغة(١) .

وقد رأى واضعو التقنين المدنى الحالى أن ينصوا على قاعدة مقررة لارادة العاقدين فيما يتعلق بحكم دفع عربون عند أى تعاقد بوجه عام، ولكنهم ترددوا(٢) فى ماهية هذا الحكم بين الرأيين الأصليين اللذين ذهبت اليهما المحاكم ثم انتهوا بتغليب الرأى الثانى على الأول ، فنصوا فى المادة ١٠٣ مدنى على أن « دفع العربون وقت ابرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك - فاذا عدل من دفع العربون ، فقده . واذا عدل من قبضه ، رد ضعفه . هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر » .

وبناء على ذلك يعتبر الأصل فى التقنين الحالى أن مجرد دفع عربون عند عقد البيع يفيد احتفاظ المتعاقدين بحق العدول لكل منهما فى مقابل خسارة ما يعادل العربون وتعتبر هذه الخسارة بمثابة ثمن لاستعمال الحق فى العدول يصبح مستحقاً فى ذمة من عدل لمجرد عدوله دون حاجة الى اعذار(٣) وبقطع النظر عن حصول ضرر للطرف الآخر أو عدم حصوله(٤).

واذا حدد العاقدان ميعاداً لنقض البيع فى مقابل ترك العربون ، فان الحق فى نقضه يسقط بعدم استعماله قبل انقضاء هذا الميعاد . وكذلك يسقط هذا الحق فى حالة اعتبار العقد معلقا على شرط واقف بقيام صاحبه بأى عمل مما يعتبر تنفيذاً لعقد البيع كأن يدفع المشترى جزءاً آخر من الثمن

---

(١) نقض مدنى ٢٢ مارس ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧-٣٦٩-٥٥ .

(٢) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ ص٨٠ وما بعدها.

(٣) الاسكندرية الابتدائية التجارية الوطنية ١٦ مارس ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ — ١٤٠٧—٦١٦ .

(٤) السنهورى فى الوسيط ج٤ ص ٨٨ و٨٩ ، ولأن هذا الحكم قد استحدثه التقنين الحالى ، ولأنه متعلق بأثر التصرف ، فانه لايسرى الا على العقود التى أبرمت أو تبرم منذ ١٥ اكتوبر ١٩٤٩ ، تاريخ بدء العمل بالتقنين الحالى .

أو يتسلم قدراً من المبيع ، فان ذلك يعتبر تنفيذاً للعقد من الجانبين وبالتالى نزولا منهما عن حق العدول .

على أن هذا الأصل الذى نصت عليه المادة ١٠٣ يجوز الإتفاق على ما يخالفه، فيجوز الاتفاق مثلا على أن البيع بات لا رجوع فيه ، وفى هذه الحالة يحسب العربون من أصل الثمن اذا نفذ العقد، ويعتبر فى حكم الشرط الجزائى اذا فسخ العقد بخطأ أحد العاقدين وأصاب العاقد الآخر ضرر من ذلك ، ويلزم فى تطبيقه اعذار المخل ، ويمتنع تطبيقه اذا اثبت المدين عدم حصول ضرر للدائن(١) ، كما يجوز الاتفاق على أن البائع اذا عدل وجب عليه أن يرد العربون الذى قبضه دون زيادة ، وأن المشترى اذا عدل لا يكتفى منه بترك العربون بل يلزم بأن يدفع فوق ذلك ضعفه أو ضعفيه . واذ قام نزاع بشأن دلالة دفع العربون ، تعين على المحكمة أن تمحص وجهتى النظر وأن تفصل فيهما بمقتضى سلطتها التقديرية التى لا تخضع فيها الرقابة محكمة النقض الا فيما يتعلق بتسبيب قضائها تسبيباً سائغاً، ثم ترتب على ما تستخلصه فى هذا الشأن آثاره القانونية(٢) .

ويذهب أغلب الشراح فى تكييف التعاقد بالعربون الى اعتباره عقداً معلقا على شرط واقف هو أن لا يعدل أحد العاقدين عن العقد خلال

(١) الاسكندرية الابتدائية التجارية الوطنيــة ١٦ مارس ١٩٤٠ المشار اليه فى الصفحة السابقة .

(٢) نقض مدنى ١٢ فبراير ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ـ٤٩٥ـ٧٢ وقد جاء فيه أنه اذا كانت المحكمة قد قررت أن المشترى قد فقد المبلغ الذى دفعه نتيجة تقصيره فى اتمام العقد سواء اعتبر المبلغ المدفوع عربونا أو جزءاً من الثمن ، دون أن تمحص دفاع المشترى ومؤداه أن عــدوله عن اتمام الصفقة كان بسبب عيب خفى فى المنزل المبيع سلم له به البائع ؛ وبسببه اتفق واياه على التفاسخ وعرض المنزل على مشتر آخر ، وكان هذا الدفاع جوهريا يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، فانه كان لزاما على المحكمة أن تتعرض له وتفصل فيه ، وتبين ما اذا كان المبلغ المدفوع من المشترى هو فى حقيقته عربون أو جزء من الثمن لاختلاف الحكم فى الحالتين ، واذ هى لم تفعل يكون حكمها قد شابه قصور يبطله ويستوجب نقضه . وفى هذا المعنى أيضا نقض مدنى ٢٢ مارس ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ـ٣٦٩ـ٥٥ ، وأيضا نقض مدنى ٥ أبريل ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ـ٥٠٨ـ٦٨ .

مدة معينة(١) ، أو اعتباره عقداً مقترنا بشرط فاسخ هو عدول أحد العاقدين عن العقد مدة معينة(٢) ، ويعتبرون مرجع ذلك قصد العاقدين حسبما يمكن استخلاصه من العقد ذاته أو من ظروف انعقاده ، ويرجحون عند الشك هذا التكييف الأخير على الأول(٣)

واذا ثبت التكييف الأول لم ينتج العقد أى أثر الى أن يتبين مصير الشرط . فاذا انقضت المدة المعينة دون عدول من أحد العاقدين ، تحقق الشرط الواقف وأنتج آثاره من وقت العقد وحسب العربون من أصل الثمن . واذا حدث العدول ، تخلف الشرط وامتنع على العقد أن ينتج أى أثر سوى الزام الطرف الذى عدل بأن يتحمل خسارة تعادل قيمة العربون فى مقابل استعماله حق العدول .

أما اذا ثبت التكييف الثانى . أنتج العقد جميع آثاره من وقت انعقاده، وانتقلت الملكية الى المشترى ووجب عليه دفع الثمن . فاذا لم يحدث عدول تخلف الشرط الفاسخ وتأيد العقد واستمر ينتج آثاره وحسب العربون من أصل الثمن . واذا حدث العدول ، تحقق الشرط المذكور وترتب على ذلك زوال العقد بأثر رجعى ووجب على من عدل أن يترك العربون ان كان هو الذى دفعه وأن يرده مع مثله ان كان هو الذى قبضه .

غير أنه يؤخذ على هذا التكييف فى صورتيه أنه متى تخلف الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ ، وجب أن يترتب على ذلك زوال العقد كله بجميع آثاره . فلا يبقى ثمت أى سند قانونى لالتزام من رجع فى العقد

---

(١) بودرى لاكانتينرى نبذة ٨٠ ، جوسران ج ٢ نبذة ١٠٦٨ ، كولان وكابيتان ج٢ نبذة ٨٣٨، أنور سلطان نبذة ٩٠ ، البدراوى نبذة ١٠٦ ص ١٦٠.

(٢) كولميه دى سانتير ج٧ نبذة ١١ مكررة تاسعا وعاشرا ، جيبوار ج١ نبذة ٢٣، جميل الشرقاوى نبذة ٢٩ ص ٧١ و٧٢.

(٣) بلانيول وريبير وهامل ج ١٠ نبذة ٢٠٩.

بأن يدفع من ماله الى العاقد الآخر مايوازى قيمة العربون وفقاً للمادة ١٠٣ مدنى .

وقد حدا ذلك بعض الشراح الى تكييف التعاقد بالعربون بأنه عقد ينشىء التزاما بدليا فى ذمة كل من طرفيه، أى أن كلا منهما يعتبر ملتزما أصلا بالالتزامات التى تنشأ عادة من البيع البات ولكن يجوز له أن يستبدل بهذه الالتزامات دفع مايوازى قيمة العربون. فاذا نفذ كل منهما التزامه الأصلى، حسب العربون من أصل الثمن وانتهى الأمر . واذا استعمل البائع حقه فى أن يستبدل بالتزامه نقل الملكية وما يقابله من حق فى الثمن الالتزام بقيمة العربون ، وجب عليه أن يرد العربون المدفوع من المشترى وأن يدفع له فوق ذلك مثل قيمته من ماله الخاص . واذا استعمل المشترى حقه فى أن يستبدل بالتزامه دفع الثمن وما يقابل هذا الالتزام من حق فى ملكية المبيع الالتزام بقيمة العربون، تحلل من التزامه بالثمن ووجب عليه ترك العربون[1].

غير أنه يعترض على هذا التكييف أيضاً بأن الالتزام البدلى يكون التزاماً واحداً ذا محلين متعادلين أحدهما أصلى والثانى يجوز للمدين أن يفى به بدلا من المحل الأصلى. وليس الأمر كذلك فى البيع بالعربون لأن الالتزامات التى ينشئها البيع البات فى ذمة البائع متعددة ولكل منها محله الخاص ويجوز للبائع فى البيع بالعربون أن يبرأ منها جميعاً بمجرد عدوله عن البيع على أن يحل محلها التزام آخر مغاير لها هو التزامه بقيمة العربون ، فلا يستقيم اعتبار ذلك التزاماً بدلياً [2] .

---

(١) السنهورى فى الوسيط ج١ هامش ص ٢٦٤ ، ج٤ ص٩١ .

(٢) لذلك قد يتجه الرأى الى تكييف البيع بالعربون باعتباره متضمناً اتفاقين متميزين أولهما الاتفاق على البيع مقترناً بشرط فاسخ أو واقف بحسب قصد العاقدين كما تقدم ، والثانى اتفاق على انشاء التزام بدفع مايوازى قيمة العربون مقترناً بشرط عكس الشرط الأول أى شرط واقف ان كان الأول فاسخاً ، وفاسخ ان كان الأول واقفاً . فاذا كان الشرط فاسخا للبيع ، فانه ان تحقق، انعدم البيع وتحقق بذلك أيضا الشرط الواقف للالتزام بالعربون وصار العربون =

لذلك نفضل الاحتفاظ بالتكييف الأول الذى ذهبت اليه كثرة الشراح ، على أن نضيف اليه أن البيع بالعربون يتضمن اتفاقين متميزين أولهما الاتفاق على البيع مقترنا بشرط واقف أو فاسخ حسب قصد العاقدين، والثانى اتفاق على تعيين ثمن لاستعمال الحق فى العدول يلتزم بمقتضاه من يستعمل هذا الحق أن يدفع مبلغاً يوازى قيمة العربون[1]. ويعتبر هذا الاتفاق الأخير باتاً أياً كانت طبيعة الشرط المقترن به البيع. فاذا استعمل أحد الطرفين حقه فى العدول تحلل من البيع ووجب عليه فى ذلك دفع مايوازى العربون ، والا فلا يجب عليه .

وعلى أى حال يجب التمييز بين البيع بالعربون وبين البيع مع الاتفاق على شرط جزائى [2] ، فهما يختلفان بوجه خاص فيما يأتى :

= واجباً فى ذمة من عدل . وان تخلف ، تأيد البيع واعتبر ذلك تخلفاً للشرط الواقف للالتزام بالعربون وانعدم هذا الالتزام الأخير .

أما اذا كان الشرط واقفاً للبيع ، فان تحقق نفذ البيع بأثر رجعى وتحقق أيضا الشرط الفاسخ للالتزام بالعربون فصار هذا الالتزام كأن لم يكن. وان تخلف الشرط الواقف للبيع صار البيع كأن لم يكن وتخلف أيضاً الشرط الفاسخ للالتزام بالعربون وصار هذا الالتزام مستحق الأداء نهائياً .

ولكن يعترض على هذا التكييف بأنه ان استقام فى حالة اعتبار العدول شرطاً فاسخا للبيع ، فانه لايستقيم فى حالة اعتبار عدم العدول شرطاً واقفاً له ، لأن الالتزام بالعربون يعتبر عندئذ مقرراً فى ذمة كل من الطرفين تحت شرط فاسخ هو عدم العدول ، ويقتضى ذلك أنه يجوز لكل من الطرفين منذ ابرام العقد أن يطالب الآخر بقيمة العربون على أن يرده اذا تحقق عدم العدول وتأيد البيع . وهو أمر غير مستساغ فوق انه مخالف لارادة العاقدين .

(١) الاسكندرية الابتدائية الأهلية التجارية ١٦ مارس ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ — ١٤٠٧ — ٦١٦ وقد جاء فيه أنه لايعتبر العربون تعويضا تجرى عليه أحكام التكليف الرسمى قبل استحقاقه ولا هو بالثمن الذى يجب رده عند الفسخ بل هو تعويض من نوع خاص وفدية يتحلل بها أحد العاقدين من عقده بقصد ترك هذا العربون . هذا اذا كان العقد لم يقبل ولم يتفق على أركانه من وجهة المبيع والثمن والشروط اتفاقا نهائيا .

(٢) غير ان هذه التفرقة غابت عن بعض المحاكم، فذهبت محكمة الاستئناف المختلطة فى أحد احكامها الى أن العربون المقدر باتفاق الطرفين ضمانا لتنفيذ تعهد مايمكن اعتباره تحديداتعاقديا للضرر الذى يحصل من عدم التنفيذ مما قد يمنع المتعاقد المتمسك بالعقد من مطالبة من أخل به بتعويض أزيد (استئناف مختلط ١٢ مايو ١٩٣١ المحاماة ١٢ — ٩٠٩ — ٤٥٩) . قارن ايضا نقض ٢٠ أبريل ١٩٤٤ المحاماة ٢٦ — ٨٦٤ — ٢٩٤ .

(١) فى البيع بالعربون يجوز لكل من الطرفين أن يتحلل من الالتزامات التى تترتب على عقد البيع فى مقابل تحمله قيمة العربون ولا يجوز للطرف الآخر أن يرفض ذلك . أما فى البيع مع الشرط الجزائى فلا يجوز للبائع أن يتحلل من البيع فى مقابل دفعه قيمة الشرط الجزائى الا اذا قبل المشترى ذلك. ولا يجوز للمشترى أن يتحلل من الشراء فى مقابل دفع الشرط الجزائى الا اذا قبل البائع ذلك، لأن الشرط الجزائى التزام ثانوى لا يغنى عن الوفاء بالالتزام الأصلى ولا يقوم مقامه الا اذا صار الالتزام الأصلى مستحيلا أو قبل الدائن أن يستبدل به قيمة الشرط الجزائى [١] .

(٢) فى البيع بالعربون يلزم العاقد الذى عدل عن العقد بقيمة العربون باعتبارها ثمناً لاستعماله الحق فى العدول لا باعتبارها تعويضاً عن الاخلال بالالتزامات الناشئة من البيع ، ولذلك لا يشترط فى استحقاق هـذا الثمن حدوث ضرور للطرف الآخر من جراء العدول عن العقد ولا يلزم فى ذلك اجراء تنبيه أو تكليف رسمى . أما الشرط الجزائى فانه يعتبر تعويضا عن الاخلال بالالتزام الأصـلى ويشترط فى استحقاقه اعـذار المدين وثبوت ضرر أصاب الدائن من جراء اخلال المدين بالتزامه الأصلى [٢] .

٤١ — (٥) بيع الوفاء وبطلانه فى التقنين الحالى — بيع الوفاء هو بيع يحتفظ فيه البائع بحقه فى أن يسترد المبيع خلال مدة معينة اذا شاء فى مقابل

---

(١) قارن عكس ذلك استئنـاف مصر ٢٧ مارس ١٩٢٣ المجموعـة ٢٥ رقم ٨٦، ٢٧ نوفبر ١٩٢٣ المحاماة ٤ـ٣٢٩ـ٢٧٠ وقد جاء فيهما أنه اذا نص فى عقد البيع على أن تأخير المشترى فى دفع أى قسط من أقساط الثمن يعطى البائع الحق فى فسخ العقد وفى مبلغ معين بصفة شرط جزائى ، فيجوز للمشترى أن يستفيد هو أيضا من هـذا الشرط ويكون له حق التخلص من العقد مقابل قيامه بالشرط الجزائى .

وظاهر ان المحكمة قد التبس عليها الأمر بين حكم العربون الذى يفيد ثبوت حق العدول وبين الشرط الجزائى .

(٢) انظر فى هذه التفرقة الاسكندرية الوطنية ١٦ مارس ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ـ٧ـ١٤٠٧ـ ٦١٦، السنهورى فى الوسيط جـ٤ ص ٩٢ .

رد الثمن ومصروفات العقد ومصروفات الاسترداد والمصروفات التى يكون قد أنفقها على المبيع .

والتكييف القانونى لهذا العقد أنه بيع مع خيار العدول فى مدة معينة واعتبار العدول شرطاً فاسخا . فاذا استعمل البائع حقه فى العدول تحقق الشرط الفاسخ وترتب على تحققه زوال كل أثر للعقد ووجوب رد المبيع الى البائع والثمن الى المشترى . واذا لم يستعمل البائع حقه فىاسترداد المبيع خلال المدة المعينة تخلف الشرط الفاسخ وتأيد البيع نهائياً .

وقد كان التقنين المدنى الملغى ينظم أحكام هذا النوع من البيع فى المواد ٣٣٨/٤٢١ الى ٣٤٧/٤٣٣ ، وقد لوحظ عندوضع ذلك التقنين أن بيع الوفاء يصلح ستاراً لرهن يراد به أن يصبح المرهون مملوكا للمرتهن بمجرد عدم وفاء الراهن بالدين ، فيؤدى بذلك الى التحايل على النص الذى حرم الاتفاق فى عقد الرهن على أن يصبح المرهون مملوكا للمرتهن بمجرد عدم وفاء الدين (المادة ٥٤٣/٦٦٥) ، فنص فى المادتين ٣٣٨و٣٣٩ على تقسيم بيع الوفاءالى نوعين ، نوع يكون الغرض منه الرهن الحيازى وآخر يكون الغرض منه حقيقة البيع الوفائى ، وعلى اجراء حكم الرهن فى النوع الأول وحكم بيع الوفاء فى النوع الثانى .

وقد حدا ذلك المرابين الى ايثار اخفاء الرهن تحت ستار بيع الوفاء، لأن سلوك هذا السبيل يوفر عليهم الاجراءات التى لابد منها فى التنفيذ بالرهن ويخولهم ملكية المرهون ويسمح لهم بتقاضى فوائدفاحشة ، دون أن يعرضهم لأية خسارة اذا انكشفت حقيقة البيع وظهر أنه يخفى رهنا اذ تبقى لهم فى هذه الحالة مزايا الرهن .

لذلك تدخل المشرع بالقانون رقم ٤٩/٥٠ لسنة ١٩٢٣ ، فعدل المادة ٣٣٩/٤٢٢ بأن جعلها تنص على أنه « اذا كان الشرط الوفائى مقصوداً به اخفاء رهن عقارى ، فان العقد يعتبر باطلا لا أثر له سواء بصفته بيعاً

أو رهناً » . وبهذا التعديل أصبح المرابون — اذا سلكوا فى رهن العقار رهنا حيازيا سبيل بيع الوفاء بدلا من سبيل الرهن السافر — معرضين لأن يفقدوا مزايا كل من الرهن وبيع الوفاء ولأن لا يثبت لهم الاحق شخصى قبل مدينيهم يجعلهم من الدائنين العاديين .

غير أن ذلك لم يثن المرابين عن المجازفة باخفاء الرهن تحت ستار بيع الوفاء اعتماداً منهم على شدة احتياطهم فى ستر الحقيقه واخفائها .

وفى أثناء تنقيح القانون المدنى غلبت أول الأمر فكرة الابقاء على بيع الوفاء والاكتفاء بالضرب على أيدى المرابين من طريق ابطال عقودهم اذا ظهر أنها تخفى رهنا ، غير أنه بعد أن قطع المشروع مراحلهَ الأولى ووصل الى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ غلبت فكرة محاربة البيع الوفائى ، بل والقضاء عليه من طريق تحريمه وتقرير بطلانه فى جميع الأحوال أى سواء كان محله عقاراً أو منقولا ، وسواء ثبت أنه يستر رهنا أو لم يثبت ذلك . وأدى ذلك الى النص فى المادة ٤٦٥ من التقنين المدنى الحالى على أنه « اذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلا » .

وقد جاء فى تقرير لجنة القانونى المدنى بمجلس الشيوخ فى هذا الشأن « أن اللجنة رأت بالاجماع أن هذا النوع من البيع لم يعد يستجيب لحاجة جدية فى التعامل ، انما هو وسيلة ملتوية من وسائل الضمان تبدأ ستاراً لرهن وينتهى الرهن الى تجريد البائع من ملكه بثمن بخس . والواقع أن من يعمد الى بيع الوفاء لا يحصل على ثمن يتناسب مع قيمة المبيع بل يحصل عادة على مايحتاج اليه من مال ولو كان أقل بكثير من هذه القيمة ، ويعتمد غالبا على احتمال وفائه بما قبض قبل انقضاء أجل الاسترداد ، ولكنه قل أن يحسن التقدير . فاذا أخلف المستقبل ظنه وعجز عن تدبير الثمن خلال هذا الأجل ضاع عليه المبيع دون أن يحصل على مايتعادل مع قيمته وتحمل غبنا ينبغى أن يدرأه القانون عنه . ولذلك رئى أن تحذف النصوص الخاصة ببيع

الوفاء ، وأن يستعاض عنها بنص عام يحرم هذا البيع فى أية صورة من الصور . وبهذا لا يكون أمام الدائن والمدين الا الالتجاء الى الرهن الحيازى وغيره من وسائل الضمان التى نظمها القانون وأحاطها بما يكفل حقوق كل منهما دون أن يتسع المجال لغبن قلما يؤمن جانبه » .

٤٥ — (٦) *البيع مع الاحتفاظ بالملكية الى حين استيفاء الثمن* —

دفعت بعض التجار وأرباب المصانع الرغبة فى ترويج تجارتهم أو مصنوعاتهم من طريق تيسير الحصول على هذه المصنوعات لأكبر عدد ممكن الى ابتداع شروط فى عقد البيع تحقق هذا الغرض مع توفير أوفى الضمان للبائع . من ذلك ما درج عليه بائعو آلات الحياكة وبائعو السيارات وغيرهم من البيع مع تقسيط الثمن على عدة آجال وتسليم المبيع الى المشترى من وقت العقد على أن لا تنتقل اليه ملكيته الا بعد أن يوفى جميع الثمن ، بحيث اذا تأخر المشترى فى أى قسط جاز للبائع فسخ البيع واسترداد المبيع مع الاحتفاظ بما قبضه من الثمن فى مقابل انتفاع المشترى بالمبيع من وقت البيع. فيفيد المشترى من ذلك تمكنه من الشراء ومن الانتفاع بالمبيع بمجرد دفع القسط الأول من الثمن ويفيد البائع من ذلك تأمين باقى الثمن وحصوله ـ فى حالة الفسخ لعدم دفع هذا الباقى ـ على مقابل انتفاع المشترى بالمبيع من وقت العقد مضاعفا اذ الغالب أن تكون قيمة الأقساط أكثر من قيمة الانتفاع .

وقد اختلف فى تكييف هذا العقد أهو بيع أم إيجار[1] ؟ والواقع أنه يشبه البيع فى أن غايته النهائية نقل الملكية فى مقابل ثمن يدفع أقساطا ، ويشبه الايجار فى أن غايته القريبة ليست التمليك بل التمكين من الانتفاع

---

(١) انظر فى ذلك استئناف مصر ٨ نوفبر ١٩٣٨ المحاماة ١٩ــ٨٣٩ــ٣٤٤ ، بنى مزار الجزئية ٨ نوفبر ١٩٣٩ المحاماة ٢٠٩ــ٢٢ــ١٠٣ــ٤٣١.

وفى أنه لا يترتب على فسخه وجوب اعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل العقد، بل يحتفظ أحد الطرفين بما حصله من منفعة الشيء ويحتفظ الطرف الآخر بما قبضه من أقساط .

على أن مصلحة مالك الشيء تقتضى تكييف هذا العقد بأنه اجارة وليس بيعا ، وذلك لأن هذا التكييف يخوله المزايا الآتية :

(١) يسمح له باعتباره مؤجراً أن يحتفظ بملكية الشيء وأن يسترده من الطرف الآخر ، وأن يتذرع بما للحقوق العينية من حق التقدم والتتبع لكى يحول دون تنفيذ دائنى الطرف الآخر على هذا الشيء ولكى يتتبعه فى يد أى شخص كان ما لم يكن يجوز لذلك الشخص أن يحتمى بقاعدة « الحيازة فى المنقول سند الملكية » .

(٢) يترتب عليه أنه اذا تصرف الطرف الآخر فى المال المسلم اليه بموجب هذا العقد اعتبر تصرفه خيانة أمانة تقع تحت طائلة قانون العقوبات، ويكفى احتمال توقيع هذا الجزاء لمنع من تسلم الشيء من أن يتصرف فيه ، فيكفل ذلك بقاء الشيء فى يد من تسلمه من التاجر ويمكن هذا من استرداده أو التنفيذ عليه عند الاقتضاء[1] .

(٣) أنه فى حالة اضطرار التاجر الى فسخ العقد بسبب عدم دفع الثمن اليه فى مواعيد استحقاقه يترتب على اعتبار العقد المفسوخ اجارة لا بيعاً أن يكون للتاجر أن يحتفظ بما قبضه من الأقساط باعتباره أجرة استحقها فى مقابل انتفاع الطرف الآخر ، لا ثمنا لبيع يجب رده .

---

(١) وقد عالج المشرع المصرى هذا الأمر باصداره القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ فى شأن بعض البيوع التجارية حيث نص فى المادة ٤٢ منه على أن يحظر على المشترى (بالتقسيط) — بدون اذن سابق من البائع — أن يتصرف بأى نوع من انواع التصرفات فى السلعة موضوع التقسيط قبل الوفاء بثمنها ، ونص فى المادة ٤٥ على عقاب من يخالف ذلك بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر وبغرامة لا تتجاوز مائة جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين .

وبالعكس من ذلك تكون مصلحة الطرف الآخر فى اعتبار العقد بيعا لا اجارة ، اذ يترتب على ذلك عكس النتائج المتقدمة .

وقد اختلف الشراح أول الأمر فى صحة مثل هذا الاتفاق أو بطلانه ، فذهب فريق الى أنه باطل لمخالفته النظام العام والآداب من حيث انه يوجد مالا فى يد من لا يملكه ، فيضلل بذلك من يتعاملون مع هذا الحائز اذ يعتقدون أنه مالك ويعاملونه على اعتباره كذلك بينما هو غير مالك . ولكن الكثرة نزلت على حكم الواقع واعترفت بأن هذا الاتفاق يحقق حاجة اقتصادية مشروعة ، فأجازته ، غير أنها اختلفت فى تكييفه .

وكان الرأى الراجح فى الفقه أن مثل هذا العقد يعتبر اجارة مقترنة بشرط فاسخ ومصحوبة ببيع معلق على شرط واقف ، وأن الشرط هو قيام المشترى بوفاء جميع الأقساط فى مواعيدها ، أى أنه طالما لم يتحقق هذا الشرط تكون الاجارة نافذة والبيع موقوفا . فاذا تحقق ، انفسخت الاجارة وأنتج البيع أثره مستندا الى وقت انعقاده . واذا تخلف ، امتنع على البيع أن ينتج أى أثر وتأيدت الاجارة نهائياً . ولكن لأن تخلف الشرط يكون معناه فى هذا الفرض الأخير الاخلال بدفع الأجرة ، فانه يترتب عليه جواز فسخ الاجارة واحتفاظ المؤجر بالأقساط التى تم دفعها باعتبارها أجرة مستحقة عن المدة المنقضية(١) .

غير أن هذا الرأى كان يؤخذ عليه أنه يعتبر العقد الواحد بيعاً واجارة فى وقت واحد ، قابلا لأن يتحول الى بيع فقط أو الى اجارة فقط حسب الظروف وهو وضع شاذ لا يتفق مع القواعد العامة ومع الأوضاع القانونية المعروفة فى التعاقد(٢) .

---

(١) انظر فى هذا المعنى بنى مزار الجزئية ٨ نوفمبر ١٩٣٩ المحاماة ٢٠-٣٢-١٠٣١-٤٣١ .

(٢) انظر نقد الأستاذ اسماعيل غانم هذا الرأى فى كتابه فى عقد البيع ط١ ص ٣٣ .

لذلك ذهبت المحاكم الى اعتبار هذا العقد بيعاً معلقاً فيه انتقال الملكية على شرط واقف ومتضمنا شرطاً جزائياً . فاذا تم وفاء جميع الأقساط فى مواعيدها تحقق الشرط الواقف وترتب على تحققه انتقال ملكية المبيع الى المشترى مستندة الى وقت العقد ، والا امتنع انتقال الملكية ووجب فسخ العقد لتقصير المشترى فى وفاء الثمن وتطبيق الشرط الجزائى على المشترى ، فيستحق البائع الأقساط التى قبضها تعويضاً له عما أصابه من ضرر بسبب فسخ البيع وحرمانه من منفعة المبيع مدة وجوده فى يد المشترى بشرط ألا يكون ثمة تفاوت كبير بين قيمة الأقساط المدفوعة وقيمة ذلك الضرر[1] .

وقد أخذ التقنين المدنى الحالى بما ذهبت اليه أحكام المحاكم فى هذا الشأن ، فنص فى المادة ٤٣٠ منه على أنه :

١ — اذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية الى المشترى موقوفا على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع .

٢ — فاذا كان الثمن يدفع أقساطا ، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبق البائع جزءا منه تعويضا له عن فسخ البيع اذا لم توف جميع الأقساط . ومع ذلك يجوز للقاضى تبعاً للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ .

٣ — واذا وفيت الأقساط جميعا ، فان انتقال الملكية الى المشترى يعتبر مستنداً الى وقت البيع .

٤ — وتسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمى المتعاقدان البيع ايجاراً .

والفقرة الأولى من هذا النص صريحة فى أن البيع فى هذه الحالة ينعقد

---

(١) قرب فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ٤ ص١٧٣و١٧٤ .

باتا لا موقوفا على شرط ، وغاية الأمر أن الثمن فيه يكون مؤجلا وأن انتقال الملكية يكون موقوفا على وفاء الثمن[1] . أما التزامات البائع بتسليم المبيع وبضمان استحقاقه وضمان عيوبه الخفية ، وكذلك التزامات المشترى بتسلم المبيع وبتحمل نفقات العقد فانها تكون منجزة طالما أن العقد لم ينص على غير ذلك .

وبناء عليه يتسلم المشترى المبيع ولكن لا تنتقل اليه ملكيته بل تبقى للبائع الى حين سداد جميع الثمن حسب الاتفاق . فاذا تصرف المشترى فى المبيع كان تصرفه وارداً على ملك الغير وجاز للبائع الأصلى استرداد المبيع من المتصرف اليه ، مالم يكن المبيع منقولا وحازه المتصرف اليه بحسن نية وفقا للمادة ٩٧٦ مدنى(٢) . واذا حجز دائنو المشترى على المبيع ، جاز للبائع رفع دعوى الاسترداد لأن الملكية لم تنتقل الى المدين المحجوز عليه(٣) .

ويترتب أيضا على عدم انتقال الملكية الى المشترى أن الأخير لا يجوز له بتخصيص المبيع المنقول لخدمة عقار مملوك له أن يجعله عقاراً بالتخصيص. وقد حكم فى ظل التقنين الملغى بأنه يجوز فى هذه الحالة للبائع اذا أراد التنفيذ بباقى الثمن أن يحجز على هذا المبلغ حجز منقول ولا يلزم باتخاذ اجراءات الحجز على العقار(٤) .

---

(١) ويلاحظ أن الأصل فى الاتفاق على تقسيط الثمن أن الأجل مقرر لمصلحة المدين ، فيجوز لهذا أن ينزل عنه وأن يوفى الثمن فورا فى أى وقت وأن يطلب نقل الملكية اليه فورا كذلك [فى هذا المعنى استئناف مختلط ١٠ مايو ١٩٤٣ (٥٥ص١٤٨)] .

(٢) وليس للبائع أن يستند فى استرداد المبيع من المتصرف اليه فى هذه الحالة الى حكم المادة ٩٧٧ لأن هذه المادة تنص على جواز استرداد المنقول من حائزه بحسن نية اذا كان المنقول قد فقد أو سرق من مالكه ، وليس الأمر كذلك فى هذه الحالة لأن التبديد غير الضياع والسرقة (فى هذا المعنى استئناف مختلط ٢٦ يونيه ١٩٢٨ المحاماة ١١ـ٧٦٧ـ٣٩٦) .

(٣) فى هذا المعنى الاسكندرية الوطنية ١٤ أبريل ١٩٣٨ المحاماة ١٩ـ٨٤٦ـ٣٤٨ .

(٤) استئناف مختلط ٣٠ مايو ١٩٣٤ المحاماة ١٦ـ١١٣ـ٥١ .

والفقرة الثالثة نصت على تحقيق الشرط الذى علق عليه انتقال الملكية وهو وفاء جميع الثمن، ورتبت على ذلك انتقال الملكية الى المشترى مستندة الى وقت البيع .

والفقرة الثانية توقعت تخلف الشرط أى عدم قيام المشترى بدفع أقساط الثمن(١) ، واستعمال البائع حقه فى فسخ البيع(٢) ، واحتياطه لذلك مقدماً بالنص فى عقد البيع على أنه فى حالة الفسخ يجوز له أن يستبقى على

---

(١) يكون الاتفاق عادة على أن التأخير فى دفع أى قسط يجعل سائر الأقساط تحل دفعة واحدة ويخول البائع الحق فى الفسخ . وقد حكم بأنه اذا اشترط البائع أن عدم دفع القسط الأول يجعل البيع لاغيا فان ذلك ليس معناه أنه اذا دفع القسط الأول ولم تدفع باقى الأقساط يكون البائع محروما مما يخوله القانون من حق الفسخ عند عدم دفع المتأخر من الثمن بل ان هذا الحق ثابت له بنص القانون ودون حاجة لاشتراطه فى العقد (نقض ٢ مايو ١٩٣٥ المجموعة ٣٦ رقم ١٨٧) .

(٢) يلاحظ أن تأخر المشترى فى دفع أى قسط يجعل سائر الأقساط تحل دفعة واحدة بنص العقد . وفى هذه الحالة يكون البائع بالخيار بين التمسك بالعقد والتنفيذ بباقى الثمن وبين فسخ العقد والاحتفاظ بالأقساط التى قبضها كلها أو بعضها على سبيل التعويض . فاذا اختار التمسك بالعقد لم يجز له استرداد المبيع ولو أنه باق على ملكه لأن العقد يلزمه بالتسليم وبضمان التعرض، ولكنه اذا خشى تبديد المبيع جاز له توقيع الحجز الاستحقاقى عليه وطلب تعيين حارس عليه [فى هذا المعنى استئناف مختلط ٢٥ يونيه ١٩٤٢ (٥٤ ص ٢٥٦)] ، وكان له أن يطالب بالثمن كفيل المشترى المتضامن معه فيه ولا يجوز لهذا الكفيل أن يتخلص من كفالته بدعوى أن البائع لم يستعمل حقه فى فسخ البيع واسترداد الشىء المبيع لأن الفسخ رخصة للبائع لا يجبر عليها (استئناف مختلط ٦ يونيه ١٩٣٤ المحاماة ١٦–٢٣٤–٩٥) .

واذا نفذ البائع على المبيع اعتبر ذلك نزولا منه عن شرط الاحتفاظ بالملكية ولا يجوز له بعد هذا النزول العدول عنه والتمسك بحق الملكية الذى كان له بمقتضى العقد (استئناف مختلط ٦ فبراير ١٩٣٤ المحاماة ١٥–٢–٣٨٨ – ١٨٤) ويجب عليه أن يتخذ فى ذلك اجراءات البيع الجبرى ولا يجوز له ولو كان المبيع باقيا فى حيازته بيعه واستيفاء حقه من ثمنه دون اتباع هذه الاجراءات [استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر ١٩٣٨ (٥١ ص ٨٢)] ، وانما يكون له فى هذه الحالة امتياز البائع ضمانا لاستيفاء حقه من حاصل البيع الجبرى . أما اذا اختار المشترى فسخ العقد جاز له استرداد المبيع مع التعويض وفقا لأحكام العقد وفى حدود القانون .

سبيل التعويض جزءاً من الأقساط المدفوعة ، فأجازت هذا الاتفاق وأجرت عليه حكم الشرط الجزائى المنصوص عليه فى المادة ٢٢٤ فقرة ثانية وهى تقضى بأنه « يجوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض اذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه الى درجة كبيرة أو أن الالتزام الأصلى قد نفذ فى جزء منه » .

وبناء على ذلك اذا كان ما دفعه المشترى من الأقساط قبل الفسخ قليلا، جاز للقاضى أن يتركه للبائع . أما اذا كان المشترى قد وفى أكثر الثمن ولم يبق الا القليل ، جاز للقاضى إلزام البائع بأن يرد ما قبضه من الأقساط بعد خصم المبلغ الذى يحدده مقابلا للتعويض عن الفسخ[١] .

ويلاحظ أن الاحالة الواردة فى المادة ٤٣٠ اقتصرت على حكم الفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ ولم تشمل حكم الفقرة الأولى من هذه المادة وهى التى تقضى بأن « لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقاً اذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر » . ويستفاد من ذلك أن المشرع أراد أن يجعل استحقاق البائع الأقساط المدفوعة كلها أو بعضها على سبيل التعويض عن فسخ البيع غير مقيد باثبات حصول ضرر من الفسخ ، أى أنه أراد بعبارة أخرى أن يفوض القاضى فى أن يترك للبائع بعض الأقساط المدفوعة ولو لم يثبت حصول ضرر له بسبب الفسخ .

واذا كان المبيع بهذه الطريقة منقولا ، وكان المشترى قد تصرف فيه الى آخر قبل فسخ عقده ، وسلمه اليه ، فان البائع الأصلى لا يستطيع بعد حصوله على حكم الفسخ أن يسترد المبيع من المتصرف اليه الأخير ، اذا تمسك هذا بقاعدة « الحيازة فى المنقول سند الملكية » . ويقع عل البائع

(١) فى هذا المعنى استئناف مختلط ٢ أبريل ١٩٣٥ المحاماة ١٦ — ٨٠١ — ٣٦٣ .

الأصلى عبء اثبات سوء نية الحائز المتصرف اليه أى علمه بأن من تصرف له لم يكن مالكا العين المتصرف فيها. ويجوز له أن يثبت ذلك بكافة الطرق ومنها القرائن القضائية . فاذا استطاع أن يثبت سوء نية المتصرف اليه ، جاز له استرداد المبيع ، ولم يكن للمتصرف اليه أى حق فى مطالبته بأن يدفع اليه الثمن الذى اشترى هو به المبيع من المشترى الأول لأن المبيع لا يمكن اعتباره فى مثل هذه الحالة مسروقاً ولا ضائعاً .

هذا ويلاحظ أن الفسخ لا يقع بحكم القانون نتيجة لتخلف الشرط الواقف لنقل الملكية، كما يقع الفسخ الذى يترتب على تخلف الشرط الواقف للعقد كله ، بل يجب طلبه من المحكمة، ويكون للبائع أن يطلبه أو لا يطلبه، وللمحكمة أن تجيبه الى طلبه أو لا تجيبه . فاذا وجد البائع أن من مصلحته أن يتمسك بالبيع وأن يطلب بدلا من فسخه تنفيذه والزام المشترى بباقى الثمن ، كان له ذلك . غير أنه اذا نفذ البائع بباقى الثمن على المال المبيع ذاته ، كان ذلك تنازلا منه عن حق الملكية الذى سبق أن احتفظ به فى عقد البيع وكان هذا التنازل باتا لا رجوع فيه ، فلا يجوز له بعد ذلك أن يتمسك بملكية المبيع تمهيداً لاسترداده ، ولكن يكون له أن يستوفى حقه من قيمة المبيع بالأولوية على غيره من الدائنين ، أى أنه يكون له حق امتياز البائع .

ثم حسم المشرع فى الفقرة الرابعة من المادة ٤٣٠ خلافاً قديماً ، فقد جرت العادة أن يفرض البائع فى مثل هذا العقد على المشترى تسمية العقد ايجاراً امعانا منه فى ضمان حقه ، فترددت بعض المحاكم فى هذه الحالة فى وجوب الأخذ بهذه التسمية أو عدمه، أى فى وجوب تطبيق أحكام الايجار أو أحكام البيع ، واستقر الرأى على أن العبرة فى ذلك بحقيقة قصد العاقدين كما يمكن استخلاصها من ظروف التعاقد ، وعلى أنه عند عدم امكان استخلاص

النية يجب الأخذ بما وصف به العاقدان عقدهما[1] . فنص المشرع صراحة على أن تسمية العقد ايجاراً لا تلزم المحاكم بأن تطبق عليه أحكام الايجار ولا تمنعها من تكييفه بأنه بيع ومن اجراء أحكام البيع عليه متى توافرت فيه مقومات العقد المنصوص عليه فى المادة ٤٣٠ المذكورة .

ويلاحظ أن الاتفاق فى عقد البيع على الاحتفاظ للبائع بملكية العين المبيعة الى أن يدفع كامل الثمن انما هو خروج على القواعد التى سنها الشارع لأحكام البيع ، فيجب أن يكون حاصلا بعبارة صريحة لاغموض فيها . فاذا نص فى العقد على أنه اذا تأخر المشترى فى دفع أى قسط من الاقساط تحل سائر الأقساط دفعة واحدة ويلزم المشترى بدفع فوائد التأخير ، ونص فيه أيضاً على منع المشترى من التصرف فى المبيع الى حين سداد الثمن جميعه ، فان ذلك لا يفيد أن هذا البيع بالتقسيط محتفظ فيه بالملكية للبائع الى حين سداد جميع الثمن ولا تطبق عليه أحكام المادة ٤٣٠[2] .

وينبغى التمييز بين البيع مع الاحتفاظ بالملكية الى حين سداد الثمن — وهو الذى ينطبق عليه حكم المادة ٤٣٠ بما فيها فقرتها الرابعة أى ولو سمى ايجاراً — ، وبين الايجار المقترن بوعد بالبيع وهو عقد ايجار لا ينطبق عليه حكم المادة ٤٣٠ وانما يكون مقترنا بوعد من المؤجر الى المستأجر أن يبيعه العين المؤجرة بثمن معين اذا هو رغب شراءها فى نهاية مدة الاجارة ، كما اذا استأجر شخص قطعة أرض لمشروع طويل الأمد وكان يخشى أن يتعسف معه المؤجر فى تجديد الاجارة عند انتهاء مدتها الأولى ، فاحتاط لذلك بأن

---

(١) بنى مزار الجزئية ٨ نوفبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ — ١٠٣٢ — ٤٣١ ، الاسكندرية ١٥ ديسمبر ١٩٤٠ المحاماة ٢١ — ٩٢٨ — ٣٨٧ .

(٢) فى هذا المعنى استئناف مختلط ١٩ نوفبر ١٩٣٥ المحاماة ١٧ — ٣٥٤ — ١٧٧ .

استكتب المؤجر وعداً أن يبيعه هذه الأرض بثمن معين أو بثمن المثل . غير أنه يجب فى عدم تطبيق المادة ٤٣٠ على هذا الاتفاق الأخير أن يكون الايجار ايجارا حقيقياً والوعد بالبيع مقصوداً به البيع بثمن حقيقى لا بثمن صورى أو تافه[1] .

٤٦ — (٧) **البيع مع خيار التعيين** — يجوز أن يتفق العاقدان على أن يكون محل البيع أحد شيئين يعينه البائع أو يعينه المشترى فيكون للبائع فى الحالة الأولى أو للمشترى فى الحالة الثانية خيار التعيين ، أى تعيين أحد الشيئين الذى تبرأ ذمة البائع بنقل ملكيته وتسليمه الى المشترى . ويعتبر التزام البائع فى كلتا الحالتين التزاما تخييريا . والغالب فى العمل صورة ترك خيار التعيين للمشترى . فكثيراً ما يتردد المشترى فى حضرة البائع بين شراء شىء معين أو آخر ، فيعرض عليه البائع أن يأخذ كلا الشيئين ليفاضل بينهما أو يستشير من يريد فى الخيار بينهما على أن يرد اليه الشىء الذى لا يقع عليه اختياره .

واذا هلك قبل الاختيار أحد الأشياء المعتبرة محلا للعقد اعتبر الشىء الذى هلك كأن لم يكن محلا للعقد ، واقتصر المحل على الأشياء الباقية . فاذا كان الباقى شيئاً واحداً ، انحصر فيه الالتزام وامتنع الخيار ، أى أن الالتزام يصبح كما لو لم يكن تخييريا فى أى وقت من الأوقات . ومتى تم

(١) فى هذا المعنى اسماعيل غانم ط١ ص ٣٣ ، وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه اذا وصف عقد بأنه تأجير سيارة مع خيار المستأجر فى مشتراها ، ونص فيه على أن يدفع المستأجر نصف الأجرة مقدما والنصف الباقى مقسطا على مواعيد معينة بحيث يكون للمستأجر عند انتهاء مدة الاجارة ودفع باقى الأقساط المتفق عليها أن يختار شراء السيارة بثمن محدد ، فان هذا العقد يعتبر مخفيا بيعا اذا تبين أن الأجرة المبينة به لا تتناسب مطلقا مع الخدمات التى قد تؤديها السيارة للمستأجر المذكور وأنها فى الواقع ليست الا أقساطا من ثمن المبيع وأن الثمن المحدد فى الوعد بالبيع ثمن لا يتناسب مطلقا مع قيمة المبيع بحيث لا يمكن اعتباره ثمنا حقيقيا (استئناف مختلط ١٩ فبراير ١٩٣٠ المحاماة ١١ـ٧٦٩ ـ ٤٠٠) .

الاختيار ، امتنع العدول عنه بغير رضا الطرف الآخر ، واعتبر الشيء الذى وقع عليه الاختيار كما لو كان هو الواجب الأداء وحده من بادىء الأمر .

فاذا كان الخيار للمشترى وامتنع عن الاختيار ، عين له القاضى أجلا يختار فيه ان طلب البائع ذلك . ومتى انقضى الأجل ، انتقل الخيار الى البائع (المادة ٢٧٦ فقرة ثانية) .

أما اذا كان الخيار للبائع وامتنع عن الاختيار ، جاز للمشترى أن يطلب من القاضى تعيين أجل يختار فيه البائع . فاذا انقضى الأجل دون أن يختار البائع تولى القاضى بنفسه تعيين المال الذى تبرأ ذمة البائع بتسليمه الى المشترى (المادة ٢٧٦ فقرة أولى) .

واذا كان الخيار للبائع ثم هلكت كل الأشياء المبيعة وكان البائع مسئولا عن هذا الهلاك ولو فيما يتعلق بواحد من هذه الأشياء ، كان ملزماً بأن يدفع قيمة آخر شيء هلك ، لأن هذا الشيء قد انحصر فيه التزامه بعد أن هلكت الأشياء الأخرى ، فيدفع قيمته سواء كانت أكثر أو أقل من قيمة تلك الأشياء الأخرى (المادة ٢٧٧) .

وكما يرد خيار التعيين على المبيع يجوز كذلك أن يرد على الثمن كأن يتفق الطرفان على ثمن منجز وآخر منجم أو على ثمن محدد (فوريا كان أو منجما) وآخر فى شكل ايراد مؤبد أو ايراد مدى حياة البائع وأن يترك الخيار بينهما فى مدة معينة للمشترى أو للبائع حسب اتفاق العاقدين .

وفى هذه الحالة أيضاً يطبق حكم المادة ٢٧٦ بفقرتيها كما تقدم مع ملاحظة أن المقصود فيه بالمشترى كان الدائن فى الالتزام بنقل الملكية وأن المقصود فيه بالبائع كان المدين فى هذا الالتزام ، فيراعى عند تطبيقها على خيار تعيين الثمن أن المشترى هو المدين بالثمن فيطبق عليه الحكم الذى تقدم

فيما يتعلق بالبائع ومع ملاحظة أن البائع هو الدائن بالثمن فيطبق عليه الحكم الذى تقدم فيما يتعلق بالمشترى .

ويلاحظ أنه يجوز الاتفاق على أنه فى حالة اختيار الثمن المنجم أو الايراد المرتب وتأخر المشترى فى دفع أى قسط من الأقساط يبطل الخيار ويصبح للبائع الحق فى المطالبة بالثمن الآخر المقدر بمبلغ محدود فورى .

٤٧ — (٨) *البيع مع احتفاظ المشترى بحق احلال غيره محله فى الصفقة* — يغلب فى بيع العقار أن يحرر الطرفان عقداً مؤقتاً لا تتوافر فيه الشروط اللازمة للتسجيل ريثما يتسنى لهما استيفاء هذه الشروط وتحرير العقد النهائى الصالح للتسجيل .

وكثيراً ما يحدث أن يشترط المشترى فى العقد المؤقت (أو الابتدائى) أن يكون له الحق فى تعيين شخص المشترى النهائى عند تحرير العقد الذى سيسجل وأن يقر البائع باستعداده لتوقيع العقد النهائى لصالح المشترى أو أى شخص آخر يعينه له المشترى . ويكون غرض المشترى من ذلك أحياناً أداء خدمة الى شخص آخر ، ولكن الغالب فيه أن يقصد الربح من طريق ايجاد مشتر آخر بثمن أعلى من الثمن الذى اشترى هو به فيكسب الفرق بين الثمنين ويقتصد رسوم التسجيل وهى تصل أحيانا الى ٧ ٪ من الثمن .

وقد أجاز قانون المرافعات فى تنظيم اجراءات البيع الجبرى للراسى عليه المزاد أن يقرر فى خلال ثلاثة أيام أنه انما اشترى لحساب شخص آخر يسميه (المادة ٦٧٠) . ولا مانع من أن يحدث مثل ذلك أيضاً فى بيع المنقول.

فما حكم هذا الشرط وأثره فى عقد البيع ؟

ظاهر أن هذا الشرط يخول المشترى خياراً بين أن يستبقى الصفقة لنفسه وبين أن يحل غيره فيها ، وأنه يلزم البائع بقبول نتيجة اختيار المشترى ، أى

بارتباطه بأحكام البيع اما ازاء المشترى نفسه واما ازاء الشخص الذى يعينه المشترى لذلك بحسب اختياره .

والغالب أن تعين مدة لخيار المشترى ، كعدد من الأيام أو الأشهر أو الميعاد الذى يجب فيه توقيع العقد النهائى . فاذا لم يعين المشترى شخصاً آخر فى خلال هذه المدة اعتبر أنه اختار الاحتفاظ بالصفقة لنفسه . وان عينه اعتبر الأخير هو المشترى من وقت العقد الأصلى وصار المشترى الأصلى كأن لم يكن مشترياً فى أى وقت من الأوقات .

ويفسر الفقه ذلك بافتراض وكالة بين المشترى الأصلى والمشترى النهائى من شأنها ترتيب آثار البيع فى ذمة الأخير مباشرة بدلا من ترتيبها فى ذمة الأولى . ولكن يعترض على ذلك بأن الوكالة يجب أن تقوم بين الطرفين وقت ابرام الوكيل العقد الأصلى وأن يبرم الوكيل العقد بهذه الصفة . والغالب ألا توجد صلة بين المشترى الأصلى والمشترى النهائى وقت ابرام العقد الأصلى بل قد يجهل المشترى الأصلى فى ذلك الوقت وجود شخص المشترى النهائى ، فكيف يمكن تصور الوكالة بينهما ؟ هذا فوق ان افتراض الوكالة يتعارض مع حكم هذا العقد فيما لو لم يستعمل المشترى الرخصة المقررة له فى احلال غيره محله فى الصفقة ، اذ يبقى هو المشترى نهائيا وتنشأ فى ذمته آثار البيع وينعدم كل أثر لتلك الوكالة المزعومة [1] .

---

(١) فى هذا المعنى نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١—٨٤٤—٤٥ وقد جاء فيه أن « حاصل ما اتفق عليه الرأى فى أحكام البيع الذى يحتفظ المشترى فيه بحق ادخال الغير فى الصفقة حالا محله لا مشتركا فيها معه أن عقد البيع يظل قائما نافذا فى حق المشترى الظاهر الى أن يعمل حقه فى اختيار الغير . وهذا الاتفاق يسند شراء من يختار المشترى الى عقد البيع الأول من تاريخ انعقاده ، ويرتب له قبل البائع نفس الحقوق المقررة له فى عقد البيع ، ويرتب له قبل المشترى الظاهر جميع الحقوق والالتزامات المترتبة على عقد شرائه والتى كانت متعلقة به لو أنه لم يعمل حقه فى الاختيار أو أعمله بعد الميعاد المتفق عليه . والقول بأن تكييف العلاقة القانونية بين المشترى

لذلك نرى أن خير تكييف لمثل هذا العقد هو انه بيع مع الاحتفاظ للمشترى بخيار تعيين شخص المشترى النهائى . وحكمه انه اذا استعمل المشترى الأصلى الرخصة المخولة له فى المدة المعينة لذلك، اعتبر العقد منعقداً بين البائع ومن عينه المشترى الأصلى ، والا فبين البائع والمشترى الأصلى نفسه .

غير أنه اذا ترتبت على العقد الأصلى حقوق للغير وثبتت هذه الحقوق قبل أن يستعمل المشترى الأصلى خياره ، كالحق فى الشفعة مثلا اذا أبدى الشفيع رغبته فى الشفعة وسجلها قبل أن يستعمل المشترى خياره ، فلا يحتج على ذلك الغير (الشفيع) باستعمال المشترى حقه فى الخيار وبانتقال آثار البيع الى الشخص المختار ولا يلزم الشفيع بتوجيه اجراءات الشفعة الى المشترى النهائى [1] .

= الذى يحتفظ بحق اختيار الغير وبين المشترى المستتر وكالة تجرى أحكامها على الآثار القانونية لعقد الوكالة قول غير صحيح على اطلاقه . فان اسناد ملكية المشترى المستتر الى عقد البيع الأول رغم عدم وجود تفويض أو توكيل منه الى المشترى الظاهر قبل البيع وبقاء العين المبيعة فى ملكية المشترى الظاهر اذا لم يعمل حقه فى الاختيار أو أعمله بعد الميعاد المتفق عليه ، تخالف أحكامها أحكام الوكالة . أما مايقرره الفقه والقضاء فى فرنسا فى افتراض وكالة المشترى الظاهر عن الغير فليس الا مجازاً قاصراً على حالة ما اذا أعمل المشترى حقه فى اختيار الغير فى الميعاد المتفق عليه مع البائع . أما قبل ذلك أو اذا لم يعمل هذا الحق أصلا أو أعمل بعد الميعاد فان الافتراض يزول . وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة » .

(١) نقض مدنى ٩ مارس ١٩٥٠ المشار اليه آنفا وقد جاء فيه أن « الشفعة فى العقار المبيع على شرط اختيار الغير تخضع لأحكام هذا النوع من البيع وتكملها وتحد منها أحكام الشفعة . ولما كان من المقرر أن الشفيع لا يحاج بأى حق اكتسبه الغير ضد المشترى بعد تسجيل انذار الشفعة ، وكان انذار الشفعة قد سجل فى هذه الحالة قبل الانذار المعلن للشفيع الذى ثبت به تاريخ الاتفاق الحاصل بين المشترى والغير ، وهو الانذار الذى يعتبر اعمالا لحق اختيار الغير ، فلا يجوز الاحتجاج على الشفيع بما يترتب من حقوق على هذا الاختيار » .

المبحث الثالث

الوعد بالبيع والوعد بالشراء (*)

٤٨ – التمييز بين مجرد الرغبة والايجاب ومشروع البيع والوعد بالبيع –
(ا) مرحلة الرغبة فى البيع أو فى الشراء – اذا أعلن شخص عن رغبته فى بيع مال معين أو فى شراء مال من نوع معين بأن وضع لافتة مثلا على المبيع تفيد ذلك أو نشر عنه فى الصحف أو فى نشرات خاصة، فان الاعلان عن هذه الرغبة لا يقيد صاحبه فى شىء ولا يحدث أى أثر قانونى ، وهو لا يعدو أن يكون فعلا ماديا قصد به لفت نظر الراغبين فى شراء أو بيع مثل هذا المال ودعوتهم الى الاتصال بمن صدر منه ذلك الاعلان للتفاهم معه على شروط البيع سواء بتقدمهم اليه بايجاب محدد أو بدعوته هو الى تقديم ايجاب محدد اليهم [1] .

(*) بعض المراجع, Levrier, Contribution à l'étude des promesses de vente, thèse Bordeaux 1921; Foissin, Des promesses de vente thèse, Toulouse 1924; Wahl, La lésion dans les promesses unilatérales de vente, Rev. trim. 1924 P. 571 et s.; Lalou, Les promesses unilatérales de vente, D. H. 1928 chr.; H. Boyer, Des promesses unilatérales de vente d'immeubles thèse Toulouse 1931; Delommez, Des promesses unilatérales de vente d'immeubles thèse Lille 1947; H. Boyer, Des promesses synallagmatiques de vente. Contribution à la théorie des avant - contrats, Rev. trim. 1949, P. 1 ets.

(١) ومن هذا القبيل عرض الدولة بعض أملاكها الخاصة للبيع ، وقد قضت محكمة النقض فى ٢٤ فبراير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ – ٤٥٠ – ٦٢ بأن مفاد نصوص المادة السادسة من دكريتو ٣ فبراير سنه ١٨٩٢ بشأن ضريبة مايباع من أطيان الحكومة والمادتين ١٨، ١٩ من منشور نظارة المالية الصادر بتاريخ ٢١ أغسطس سنة ١٩٠٢ أن التعاقد بشأن بيع الأملاك الخاصة بالدولة لايتم بين مصلحة الأملاك وبين طالبى الشراء الا بالتصديق عليه من وزارة المالية اذ ان هذا التصديق هو القبول بالبيع ممن يملكه ولايعتبر اعلان هذه المصلحة عن رغبتها =

(ب) مرحلة الايجاب — فاذا عرض شخص على آخر أن يبيعه عينا معينة لقاء ثمن معلوم ، فان هـذا العرض فى ذاته لا يلزم من صدر منه الا بالبقاء على ايجابه الى أن ينقضى الميعاد المحدد للقبول أو الميعاد الذى يستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة (المادة ٩٣) . فان لم يكن قد حدد ميعاد للقبول ، فان الايجاب لا يلزم من صدر عنه الا المدة اللازمة لابداء من وجه اليه قبوله اياه ووصول القبول الى علم الموجب (المادة ٩٤) .

(ج) مرحلة المشروع المتفق عليه — فاذا قبل الايجاب من وجه اليه ، ولكنه علق انعقاد العقد على اجراء معين ، كتحريره فى ورقة رسمية ، أو اذا حرر الطرفان عقدا ابتدائيا نصا فيه على أن العقد لا يعتبر تاما الا بعد توقيع العقد النهائى ، فان العقد لا ينعقد ولا يقيد أيا من الطرفين ما دام الاجراء المتفق عليه لم يتم ، وفى هذه الحالة يتوافر ايجاب وقبول ولكنهما لا يكفيان لانعقاد العقد ، فيكون ثمة أكثر من مجرد رغبة ومن ايجاب وأقل من عقد تام ، أى أنه يكون ثمة مشروع عقد متفق عليه projet agréé لا تتوافر له قوة الالزام . وكثيراً ما يحدث ذلك فى البيع عن طريق المزايدة ، اذ ينص فى شروط المزايدة على أن ارساء المزاد على شخص معين لا يعتبر عقداً وعلى أن التعاقد لا يتم الا بتحرير وثيقة وتوقيعها من الطرفين . ففى الفترة ما بين رسو المزاد وتحرير العقد لا يكون هناك عمل قانونى تام بل مجرد مشروع تعاقد متفق عليه .

(د) الوعد بالبيع أو بالشراء — أما الوعد بالبيع فانه أكثر من مجرد ايجاب ومن مشروع تعاقد ، لأنه يتكون (أولا) من وعد أحد الطرفين الآخر

= فى البيع ولا الاجراءات التى تقوم بها لهذا الغرض من مفاوضات مع راغبى الشراء ومساومة على الثمن ايجاباً من جانبها ، ذلك أن الايجاب فى هذه الحالة انما يكون من راغب الشراء بتقدمه للشراء على أساس سعر معين ولا يتم التعاقد الا بقبول المصلحة بعد ذلك البيع . وقد اشترطت النصوص المتقدمة أن يصدر التعبير بالقبول من وزارة المالية دون غيرها » .

بأن يبيع له عيناً معينة بثمن معلوم اذا قبل الآخر الشراء خلال مده محددة، (وثانياً) من قبول الطرف الآخر ربط الأول بهذا الوعد. فالوعد بالبيع يتكون اذن من إيجاب وقبول، وكذلك الوعد بالشراء. ولذا يعتبر عقداً تاما لا مجرد ايجاب أو مشروع تعاقد، ولكنه لا يكون عقد بيع بل عقداً متميزاً عن البيع يدخل فى طائفة العقود غير المسماة.

ذلك أن البيع ينشىء من فوره فى ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية، ان لم ينقلها بالفعل، والتزاماً بتسليم المبيع وبضمانه، كما ينشىء فى ذمة المشترى التزاماً بدفع الثمن وملحقاته وبتسلم المبيع. أما الوعد بالبيع فلا ينشىء شيئاً من ذلك بل يقتصر على الزام الواعد بأن يعقد عقد بيع اذا طلب الطرف الآخر منه ذلك فى مدة معينة[1].

٤٩ — *صور الوعد بالبيع أو بالشراء* — وقد يتخذ الوعد بالبيع أو بالشراء صوراً مختلفة، فقد يكون وعداً متبادلا من الجانبين بالبيع وبالشراء معاً كما اذا وعدتك أن أبيعك سيارتى بألف جنيه فى خلال شهر ووعدتنى أنت أن تشتريها منى بهذا الثمن اذا أنا قبلت بيعها فى خلال المدة ذاتها. فهذا الوعد بالبيع وبالشراء عقد وعد ملزم الجانبين. وقد يكون الوعد بالبيع فقط من جانب البائع. فاذا قبل الطرف الآخر هذا الوعد، تم بين الطرفين عقد وعد بالبيع ملزم جانباً واحداً هو جانب البائع. وقد يكون الوعد بالشراء فقط من جانب المشترى. فاذا قبل هذا الوعد من وجه اليه انعقد بين الطرفين عقد وعد ملزم جانبا واحداً هو جانب المشترى. وهناك صورة أخرى من الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد هو *الوعد بالتفضيل* وبمقتضاه يعد المالك شخصا آخر أن يفضله على غيره اذا مارغب فى بيع مال معين فى مدة محددة.

وعلى ذلك تكون أهم صور الوعد بالبيع أو بالشراء ثلاث، هى:

---

(١) انظر بلانيول وريبير واسمان ج٦ نبذة ١٤٤، ديلوميز فى رسالة من ليل سنة ١٩٤٧ ص٦٥، وقارن عكس ذلك ديموج فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٠٦ ص٢٥٩، بواييه فى الوعد ببيع عقار ملزم جانبا واحداً، رسالة من تولوز سنة ١٩٣١.

(١) الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ، ويلحق به الوعد بالتفضيل .
(٢) الوعد بالشراء الملزم لجانب واحد .
(٣) الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء [١].

٥٠ — **النصوص المتعلقة بالوعد بالبيع أو بالشراء** ـ نصت المادة ١٥٨٩ مدنى فرنسى على أن الوعد بالبيع يعتبر بيعاً اذا كان بين الطرفين رضا متبادل على الشيء (الموعود ببيعه) وعلى الثمن :

La promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix.

وقد اختلفت الشراح فى فهم هذا النص ومداه ، فذهبت الكثرة الى أنه يقصد به الوعد المتبادل بالبيع والشراء لأنه هو وحده الذى يتضمن رضا متبادلا consentement réciproque وتتوافر فيه جميع أركان البيع بحيث يعتبر بيعاً vaut vente وتترتب عليه جميع آثار البيع من وقت انعقاده كانتقال الملكية وتبعة الهلاك (فى القانون الفرنسى) والتزام المشترى بالثمن . أما الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد فلا ينطبق عليه نص المادة ١٥٨٩ ويجب الرجوع فى شأنه الى القواعد العامة (بودرى لاكانتينرى) .

وبالعكس من ذلك ذهب فريق من الشراح الى أن هذا النص لم يقصد به الوعد المتبادل بالبيع والشراء بل الوعد الملزم لجانب واحد ، لأن عبارة الرضا المتبادل التى وردت فى النص معناها حصول الاتفاق على الشيء والثمن لا تبادل التعهد من الجانبين ، ولأن الوعد المتبادل هو فى حقيقته بيع فلم يكن

(١) يعتبر الأستاذ السنهورى وكذلك الأستاذ حشمت أبو ستيت أن الوعد الملزم للجانبين هو والعقد الابتدائى شيء واحد (انظر السنهورى فى الوسيط ج١ نبذة ١٣١ وما بعدها ، ج٤ ص ٨١ هامش ١ ، أبو ستيت ، فى نظرية الالتزام ط ٢ سنة ١٩٥٤ ص ٩٨ هامش ١) ، مع أن المقصود بالعقد الابتدائى فى المعاملات العقارية انما هو العقد الذى يحرر لاثبات التعاقد بالبيع بين الطرفين فى انتظار اعدادهما العقد النهائى الذى تستوفى فيه اجراءات الشهر وهو يختلف عن الوعد بالبيع الملزم للجانبين فى أنه بيع تام تترتب عليه من وقت انعقاده جميع آثار البيع عدا انتقال ملكية العقار المبيع .

يحتاج الى النص عليه بأنه يساوى البيع vaut vente ، ولأن المشرع قصد بهذه العبارة الأخيرة أن يقرر أن الوعد بالبيع ينتج – بعد قبول الموعود له الشراء – جميع آثار البيع دون حاجة الى ابرام عقد جديد بين الطرفين، وذلك حسما لخلاف كان قائما بين شراح القانون الفرنسى القديم فيما يتعلق بجزاء امتناع الواعد بالبيع عن تنفيذ التزامه بابرام البيع حيث كان بعضهم يقول بأن التزام الواعد يستحيل فى هذه الحالة الى تعويض نظراً لتعذر التنفيذ العينى الجبرى والبعض الآخر يقول بامكان هذا التنفيذ عن طريق الحكم على الواعد بالبيع بتسليم المبيع أو على الواعد بالشراء بدفع الثمن، فأراد المشرع أن ينص صراحة على الأخذ بهذا الرأى الأخير (بلانيول) .

وذهب فريق ثالث الى أن المادة ١٥٨٩ تشمل الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء كما تشمل الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ، لأن نصها وحكمها يتسعان للنوعين ، فعبارة « الرضا المتبادل على الشيء وعلى الثمن » تنطبق على كلا النوعين لأنها لا تفيد اشتراط التعهد من الجانبين بل مجرد الاتفاق بين الطرفين على الشيء وعلى الثمن. وكذلك عبارة « الوعد بالبيع يعتبر بيعاً » تنطبق على الحالتين ويقصد بها أن عقد الوعد سواء أكان ملزماً لجانب واحد أم كان ملزما للجانبين ينتج آثار البيع ويغنى عن ابرام عقد جديد متى قبل الموعود له الشراء أو البيع، وغاية الأمر أنه يجب التمييز فى الوعد المتبادل بين حالتين حالة الوعد بالبيع وبالشراء مع تعيين مدة معينة لقبول البيع أو الشراء، وحالة الوعد المتبادل دون تعيين مدة . ففى الحالة الأخيرة لا يكون اتفاق الطرفين مجرد وعد بالبيع بل بيعاً تاماً ، ولا عبرة بتسمية الطرفين اياه وعداً لأن ارادة كل منهما اتجهت الى البيع معلقاً على قبول الطرف الآخر ، وقد تحقق هذا القبول فى الوقت ذاته ، فلا يكون ثمة تعليق وينتج البيع آثاره فى الحال دون أن يعتبر داخلا فى حكم المادة ١٥٨٩ مدنى فرنسى . أما فى الحالة الأولى فلا تكون ارادة الطرفين متجهة الى البيع فى الحال لأن تعيينهما مدة

يفيد أنهما ينتظران قبولا يصدر من أحدهما بابرام البيع فلا يكون اتفاقهما الا وعداً متبادلا ملزماً الجانبين ، وتنطبق عليه المادة ١٥٨٩ كما تنطبق على الوعد الملزم جانباً واحداً (بيدان) .

وقد أخذ هذا الفريق الأخير من الشراح على النص الفرنسي أنه لم يشترط فى الوعد بالبيع تعيين مدة يجب فيها ابرام العقد الموعود به وقالوا بافتراض المدة دائماً فى الوعد الملزم لجانب واحد ، وبامكان تعيينها استنادا الى اتفاق الطرفين عليها صراحة أو ضمنا ، والا فيجوز للواعد أن يحدد بعد الوعد مدة وأن يعلن الموعود له بهذا التحديد ، فيقبله هذا أو يعارض فيه فتحدد المحكمة المدة المعقولة . وكذلك فى الوعد المتبادل اذا أمكن الاستدلال على أن الطرفين لم يقصدا ابرام البيع فى الحال دون حاجة الى ارادة جديدة تصدر من أحدهما بل قصدا ابرامه فى المستقبل وبقبول جديد يصدر من أيهما .

وفى التقنين المصرى الملغى لم يرد نص يقابل نص المادة ١٥٨٩ مدنى فرنسى ، فاتبعت الشراح والمحاكم المصرية[١] رأى الكثرة من شراح القانون الفرنسي ، واعتبرت الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء بيعاً حقيقياً يترتب عليه

---

(١) وقالت فى ذلك محكمة أسيوط الجزئية أنه وان كان القانون المصرى لم يجز الوعد بالبيع صراحة الا أنه يجب اعتباره صحيحا لأنه لايخالف النظام العام ولا ينافى الآداب العامة (٤ أبريل ١٩٢٠ المجموعة ٢١ رقم ٤٧).

انظر أيضا استئناف مصر ٨ فبراير ١٩٤٨ المحاماة ٣٠ — ١٠١٩ — ٤٥٧ ، الاسكندرية الوطنية ٢٥ يونيه ١٩٣٨ المحاماة ١٩ — ٣٩٨ — ١٧٦ .

غير أن بعض الأحكام قد ذهبت الى غير ذلك حيث قررت أن مبدأ المادة ١٥٨٩ مدنى فرنسى الخاص بالوعد بالبيع الذى لم ينص عليه فى القانون الفرنسى الا للقضاء على مناظرات قديمة فى التشريع الفرنسى لايمكن الأخذ به فى مصر لاسيما وأن روح الشريعة الاسلامية فى البيع تنافى ذلك ، وبناء عليه لايترتب على الوعد بالبيع فى القانون المصرى أى أثر للبيع ، وانما يترتب عليه فقط تعهد بفعل أمر من جانب الواعدين (بنى سويف الابتدائية ١٥ سبتمبر ١٩١٩ المجموعة ٢١ رقم ٩٦ ، مصر الجزئية ٥ مايو ١٩٢٥ المحاماة ٥ — ٣٤١ — ١٠٢) .

انظر فى الوعد بالتعاقد فى الشريعة الاسلامية ، ثروت حبيب ، فى الالتزام الطبيعى ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة سنة ١٩٦١ ص ١٩٣ وما بعدها .

من وقت انعقاده جميع آثار البيع من انتقال للملكية الى التزام بالثمن الخ . كما اعتبرت الوعد بالبيع أو بالشراء من جانب واحد عقداً غير مسمى ينشىء التزاما بعمل شىء ، أى بابرام عقد بيع ، ولا تترتب عليه آثار البيع الا من وقت قبول الموعود له الشراء أو البيع ، وأجازت للواعد أن يعين للموعود له أجلا يستعمل فيه حقه فى الشراء ، فاذا لم يستعمل الموعود له هذا الحق فى الميعاد ، انقضى التزام الواعد .

ورأى واضعو التقنين المدنى المصرى الحالى ألا يخصوا الوعد بالبيع بالنص ، وآثروا أن يضعوا فى باب الالتزامات بوجه عام أحكام الوعد بالتعاقد أيا كان نوعه حتى تسرى هذه الأحكام على الوعد بالبيع وعلى الوعد بالايجار وعلى الوعد بالرهن أو بالهبة أو غيرها من العقود ، فنصوا فى المادة ١٠١ مدنى على أن :

١ — الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بابرام عقد معين فى المستقبل لا ينعقد الا اذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التى يجب ابرامه فيها .

٢ — واذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بابرام هذا العقد » .

ونصوا فى المادة ١٠٢ على أنه « اذا وعد شخص بابرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشىء المقضى به مقام العقد » .

ويبين من ذلك أن المشرع المصرى الحديث قد ساوى فى هذه النصوص بين الوعد المتبادل الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين بابرام عقد معين فى المستقبل وبين الوعد الملزم لجانب واحد الذى يعد بموجبه أحد المتعاقدين

فقط بابرام عقد معين فى المستقبل ، سواء من حيث الشروط الواجب توافرها فى الوعد ، أو من حيث الأثر الذى يمكن أن يترتب على الوعد وبخاصة امكان تنفيذه تنفيذاً عينياً بغير ارادة المدين .

ولذا يتعين علينا أن ندرس أولا الشروط الواجب توافرها فى انعقاد الوعد بالبيع فى أية صورة من صوره ، ثم نعرض أحكام كل نوع من أنواع الوعد بالبيع على حدة .

§ — ١ — أركان الوعد بالبيع (١)

٥٢ — *أركان الوعد بالبيع ثلاثة* — يخلص من نص المادة ١٠١ فقرة أولى مدنى أنه يشترط فى انعقاد الوعد بالبيع فى أى صورة من صوره

(أولا) حصول الاتفاق على طبيعة الوعد .

(ثانياً) تعيين جميع المسائل الجوهرية لعقد البيع وهى المبيع والثمن .

(ثالثا)تعيين المدة التى يجب فيهاابرام البيع .

أما الاتفاق على طبيعة الوعد فيقتضى أولا تبادل ايجاب وقبول متطابقين.

وقد تقدم أن الايجاب وحده لا يعتبر وعداً بالبيع بل لا بد لتمام الوعد من قبول من وجه اليه. ويشترط أن يكون الايجاب والقبول متطابقين فيما يتعلق بماهية الوعد والأثر المقصود منه . فاذا عرض الموجب أن يرتبط مع الطرف الآخر بوعد متبادل وقبل الآخر أن يربط الأول بوعد بالبيع ملزم لجانب واحد ، فلا ينعقد بينهما وعد متبادل ولا وعد ملزم لجانب واحد

---

(١) يلاحظ أن محل الوعد هو العقد الموعود به وأن سبب التزام الواعد هو رغبته فى تثبيت ايجابه لمصلحة الموعود له (فى هذا المعنى دولوميز ص ٦٧ وما بعدها)

لعدم اتفاقهما على طبيعة الوعد . وكذلك اذا صدر الايجاب بوعد بالتفضيل واتجهت ارادة الطرف الآخر الى قبول وعد بالبيع ملزم لجانب واحد ، فلا ينعقد الوعد بالتفضيل ولا الوعد بالبيع .

وغنى عن البيان أنه يشترط فى صحة كل من الايجاب والقبول أن يكون صادراً من ذى أهلية له وأن يكون خالياً من عيوب الرضا .

فاذا كان الوعد ملزما جانبا واحداً فان المنطق يقتضى أن تتوافر فى الواعد أهلية الأعمال القانونية الضارة ضرراً محضا ، ولكن لأن ضرر الواعد فى هذه الحالة ينحصر فى التزامه بابرام عقد بيع ، فيكتفى فيه بالأهلية اللازمة لهذا العقد الأخير ، وهى أهلية الأعمال الدائرة بين النفع والضرر ويجب أن يكون له هذه الأهلية وقت الوعد ، ولا يكفى أن تتوافر وقت تحويل الوعد الى بيع بابداء الموعود له رغبته فى الشراء لأن الوعد يلزم الواعد بأن يبيع بمجرد طلب الموعود له الشراء ودون صدور ارادة جديدة منه ، فتشترط فيه منذ الوعد الأهلية اللازمة للعقد الموعود به[1]. أما الموعود له ، فلأنه لا يلتزم وقت الوعد بشىء ، تكفى فيه عند عقد الوعد أهلية الاغتناء ولكن يشترط أن تتوافر فيه عند قبوله الشراء اهلية الأعمال الدائرة بين النفع والضرر لأن هذا القبول تترتب عليه جميع آثار البيع فلا يصح صدوره الا ممن كانت له أهلية التعاقد بالبيع[2] .

وفيما يتعلق بشرط سلامة الرضا أى خلوه من العيوب ، فانه يجب توافره فى الواعد وقت الوعد ، وفى الموعود له وقت الوعد ووقت قبوله الشراء أيضا ، لأن البيع يتم من جانب الواعد بموجب ارادته المكونة للوعد فحسب ومن جانب الموعود له بموجب ارادتين : الأولى هى التى انعقد بها الوعد والثانية هى التى قبل بها البيع ، فتعين أن تكون هذه الارادات الثلاث خالية من عيوب الرضا .

---

(١) و(٢) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ٤ ص٦٢ .

وإذا كان الوعد متبادلا ، وجب أن تتوافر فى كلا الطرفين أهلية الأعمال الدائرة بين النفع والضرر من وقت ابرام الوعد ، ولا تكفى فى أيهما أهلية الاغتناء لأن كلا منهما يلتزم بالوعد المتبادل . ووجب أن تتوافر هذه الأهلية نفسها وقت قبول البيع أو الشراء أيضاً فى الطرف الذى يستعمل حقه فى هذا القبول ، ولا يلزم توافرها فى الطرف الآخر وقت هذا القبول لأن عقد البيع انما يتم بموجب ارادته الأولى المكونة للوعد . وفيما يتعلق بشرط سلامة الرضا يلزم توافره فى الارادتين اللتين انعقد بهما الوعد وكذلك فى ارادة من يقبل منهما البيع أو الشراء .

ولا يكفى فى انعقاد الوعد بالبيع الاتفاق على طبيعته، بل يجب أن يتناول الاتفاق أيضاً جميع المسائل الجوهرية لعقد البيع[١] أى أن يتم تعيين المال

(٢) نقض مدنى ٢٣ يناير ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ ــ ١١٥ ــ ٢٢ وقد جاء فيه أنه يشترط لانعقاد الوعد بالبيع سواء فى القانون المدنى القديم أو فى القانون القائم اتفاق الواعد والموعود له على جميع المسائل الجوهرية للبيع الموعود به فضلا عن المدة التى يجب فيها على الموعود له اظهار رغبته فى الشراء وذلك حتى يكون السبيل مهيئا لابرام العقد النهائى بمجرد ظهور رغبة الموعود له دون حاجة الى اتفاق على شىء آخر . والمقصود بالمسائل الجوهرية أركان البيع وشروطه الأساسية التى يرى العاقدان الاتفاق عليها والتى كان يتم البيع بدونها — فاذا كان الطرفان قد أفصحا فى البند الرابع من عقد البيع المبرم بينهما الذى اعتبره الحكم المطعون فيه متضمنا وعداً من جانب الحكومة ببيع خمسمائة فدان ثانية للمطعون عليه عن وجود شروط أخرى — الى جانب الشروط الواردة فى العقد — لم يعينها الطرفان وانما تركا لوزارة المالية وضعها عند ابرام بيع هذه الصفقة ؛ وكان حرص الحكومة على الاشارة فى العرض الى تلك الشروط يدل على أنها تعتبرها من الشروط الجوهرية للبيع والتى بدونها لاتقبل ابرامه ، فان اظهار المطعون عليه رغبته فى الشراء لايؤدى بذاته الى انعقاد بيع تلك الصفقة بل لابد لذلك من تعيين الشروط التى اتفق الطرفان على ترك أمر وضعها لوزارة المالية ومن قبول المطعون عليه لها بعد اطلاعه عليها ، ومن ثم فان الحكم المطعون فيه اذ اعتبر الاتفاق الوارد فى البند الرابع من العقد وعدا ببيع الخمسمائة فدان الثانية وذلك مع خلوه من بيان بعض شروط البيع الجوهرية ، واذ انتهى الحكم الى اعتبار بيع هذه الصفقة قد تم صحيحا باظهار المطعون عليه رغبته يكون قد أخطأ فى القانون وخرج بقضائه عما اتفق عليه المتعاقدان »

الموعود ببيعه وثمن البيع بالطريقة التى يجب تعيينهما بها فى عقد البيع ذاته[1] .

فيجوز تعيين المبيع بأوصاف معلومة للطرفين تكفى لتحديده ، وكذلك يجوز فى تعيين الثمن الاكتفاء ببيان طريقة تعيينه مستقبلا كتعيين شخص ثالث يتولى تحديد الثمن أو الاتفاق على أن يكون الثمن قيمة مقدار معين من القطن محسوبة بسعر البورصة فى تاريخ متفق عليه . . الخ . ولا يلزم الاتفاق فى عقد الوعد على طريقة دفع الثمن أو آجال الدفع . بل يجوز ترك ذلك لأحكام القانون أو ارجاء الاتفاق عليه الى حين ابرام عقد البيع ، وعندئذ فاما أن يتفق الطرفان على هذه المسائل المعلقة ، واما أن يختلفا فى شأنها فيقضى فيها القاضى وفقاً لأحكام المادة ٩٥ مدنى كما تقدم .

أما المدة التى يجب فيها ابرام العقد ، فقد تقدم أن القانون الفرنسى لم يشترط تعيينها فى الوعد . ولذا لم يعتبر هذا التعيين ركناً لازما لانعقاد العقد ولم يرتب الشراح والمحاكم على عدمه بطلان الوعد، بل اعتبروا الوعد المطلق صحيحاً يجيز للموعود له أن يقبل الشراء فى أى وقت، ولكنهم أجازوا للواعد أن يلجأ الى القضاء لوضع حد لارتباطه بوعده. ومتى عين القضاء مدة وجب على الموعود له أن يستعمل حقه فى الشراء فى خلال هذه المدة والا سقط الوعد . بل أجازوا للواعد أن يحدد بنفسه أجلا للموعود له وأن يعلمه به لكى يستعمل فيه حقه ، فيعتبر هذا الأجل متفقاً عليه ما لم يعترض عليه الموعود له ويرفع أمره الى القضاء ويحصل على تحديد أجل أبعد من الأول.

ولم يكتف واضعو التقنين المدنى الحالى بذلك ، بل اشترطوا لانعقاد الوعد أن يتفق فيه على المدة التى يبرم فيها العقد الموعود به .فاذا لم تعين هذه المدة ، لم ينعقد العقد أو وقع باطلا بطلانا أصليا ولم يترتب عليه أى أثر ،

(١) انظر أسيوط الابتدائية ٣ يناير ١٩٣٤ المحاماة ١٤ — ٢ــ٤٩٨ــ٦٠ المجموعة ٣٥ــ٥ــ١٢٠ .

فلا يجوز للواعد أن يعين هو من تلقاء نفسه مدة يعلن بها الموعود له، ولا يجوز للمحكمة أن تكمل العقد بتحديدها مدة يستعمل فى خلالها الموعود له حقه فى الشراء .

غير أن الاتفاق على المدة التى يجب فيها ابرام العقد لا يشترط أن يكون صريحا ، بل يجوز أن يكون ضمنيا ،فيجوز للقاضى أن يستخلص من ظروف الاتفاق على الوعد أن الطرفين قصدا تحديده بمدة معينة ، فيكفى ذلك لاعتبار الوعد منعقداً وعدم الحكم ببطلانه .

فاذا ورد الوعد بالبيع مثلا فى ضمن عقد ايجار ، أمكن أن يستفاد من ذلك أن مدة الوعد بالبيع هى مدة الايجار ذاتها ، اذ الغالب أن يكون قصد الطرفين من هذا الوعد اعطاء المستأجر رخصة الزام المؤجر بأن يبيع اليه العين المؤجرة عند انتهاء مدة الاجارة اذا رغب المؤجر عن تجديد الاجارة أو اشترط رفع الأجرة لذلك .ولكن أتمتد مدة هذا الوعد بالبيع اذا امتدت الاجارة أو تجددت ؟

لا شك فى أن المرجع فى ذلك نية الطرفين . فاذا ثبت أنهما قصدا اعطاء المستأجر رخصة الشراء طالما بقى مستأجرا ، امتدت مدة الوعد بالبيع تبعا لامتداد مدة الايجار ، والا وجب تفسير الاتفاق لمصلحة الملتزم بالوعد واعتبار مدة التزامه مقصورة على مدة الاجارة الأصلية .

ولا يشترط أن تتجه ارادة الطرفين وقت ابرام الوعد بالبيع نحو امتداد مدته تبعاً لامتداد مدة الاجارة ، بل يكفى أن يتجه قصدهما الى ذلك وقت تجديد الاجارة أو امتدادها .

واذا ثبت للقاضى فى أى حالة من حالات الوعد بالبيع أن الطرفين قصدا تحديد الوعد بمدة ولم يتبين له حقيقة هذه المدة ، جاز له أن يعتبرهما قد اتفقا على المدة المعقولة وثبت له حق تحديد هذه المدة .

هذه هى الأركان المشتركة الواجب توافرها فى جميع صور الوعد بالبيع أو بالشراء[١] ، وسنعرض فيما يلى لكل واحدة من هذه الصور على حدة.

§ ٢ — أحكام الوعد بالبيع فى صوره المختلفة

٥٣ — (١) الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد : (١) ماهيته وأهميته العملية وتكييفه القانونى — يتم الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد بأن يعد شخص أن يبيع الى آخر عيناً معينة بثمن معلوم اذا قبل الآخر أن يشترى بهذه الشروط خلال مدة معينة ، فيقبل الطرف الآخر أن يربط الأول بهذا الوعد دون أن يرتبط هو بشىء[٢] .

ولهذا النوع من الوعد أهمية عملية كبيرة لأنه يسد حاجة محققة فى التعامل . ومن أمثلته الوعد بالبيع الوارد فى ضمن عقد ايجار ، كما اذا أراد شخص اقامة مشروع صناعى أو تجارى وكان يحتاج فى اقامته الى أرض وبناء يكلفانه جزءاً كبيراً من رأسماله الذى خصصه لهذا المشروع ، فانه يستطيع أن يكتفى باستئجار الأرض والبناء من مالكهما وأن يحصل منه على وعد بالبيع ، فيتفادى بذلك تعطيل جزء مهم من رأس ماله فى شراء العقار ويضمن فى الوقت ذاته عدم استبداد المالك به عند نهاية الاجارة

---

(١) ولا يحتاج الوعد بالبيع الى شكل يصب فيه ، لأن البيع عقد رضائى ، فيكون الوعد بالبيع كذلك رضائيا ولو اشترط العاقدان فى الوعد بالبيع عدم انعقاد البيع بعد قبول الموعود له الشراء الا بورقة رسمية ، لأن اشتراط الرسمية فى عقد البيع فى هذه الحالة وليد ارادة العاقدين وليس مفروضاً بحكم القانون ، فيتم الوعد بالتراضى ويجوز الحصول بمقتضاه على حكم يقوم مقام العقد الرسمى ، خلافاً للوعد بعقد من العقود الشكلية التى فرض لها القانون شكلا معينا اذ لا يمكن الحصول بموجبه على حكم يقوم مقام العقد الشكلى (فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٦١ هامش ٢).

(٢) فلا يعتبر وعدا بالبيع التعهد المقتصر على وعد من جانب واحد بالحصول لصالح شخص آخر على موافقة مالك أرض معينة ببيعها بثمن معين [فى هذا المعنى استئناف مختلط ٢ مايو ١٩٣١ (م ٤٣ ص ٣٨٥) المحاماة ١٢ — ٩٠٩ — ٤٥٩].

الأولى لأنه يستطيع هو اذا رفض المالك تجديد الاجارة أو طلب زيادة كبيرة فى الأجرة أن يتمسك بحقه فى شراء العين بالثمن المتفق عليه فى الوعد بالبيع . بل ان هذا الشخص يستطيع أن يحصل من الملاك المجاورين لمشروعه على وعد ببيع أملاكهم له فى مدة معينة كى يضمن لنفسه امكان توسيع مشروعه مستقبلا اذا نجح المشروع واقتضى نجاحه هذا التوسع . والغالب أن يستقل الوعد بالبيع فى هذه الحالة الأخيرة عن عقد الايجار ، ولكن لا مانع من أن يرتبط به اذا قبل الواعدون ذلك .

ومن تطبيقات الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد أيضاً حالة البيع بشرط المذاق ، فقد تقدم أنه لا يعتبر فى القانون المصرى بيعاً تاماً بل مجرد وعد بالبيع يلزم الواعد بتمكين الموعود له من المذاق وبالبيع اليه اذا هو قبل الشراء بعد المذاق ولا يلزم الموعود له بشىء .

ومنها أيضا أن يتعهد المشترى من الحكومة فى عقد البيع بأن يرد اليها كل ما اشتراه منها أو بعضه فى نظير ما يقابله من الثمن المتعاقد عليه اذا رأت الحكومة ضرورة ذلك للمنفعة العامة فى مدة معينة ، فيعتبر ذلك وعداً بالبيع ملزما هذا المالك بأن يبيع للحكومة ما اشتراه منها بالثمن الذى اشترى به اذا طلبت هى ذلك فى خلال المدة المحددة[1] .

وقد اختلف الشراح فى تكييف الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ، فمنهم من اعتبره بيعا معلقا على شرط واقف هو استعمال الموعود له حقه فى الشراء ، ومنهم من نازع فى صحته بمقولة انه عقد معلق على شرط ارادى فيقع باطلا ، ولكن جمهور الشراح على أنه عقد صحيح غير مسمى أى أنه عقد صحيح متميز عن عقد البيع وله أحكامه الخاصة به[2].

---

(١) مصر الابتدائية (بهيئة استئنافية) ٥ ديسمبر ١٩٢٨ المجموعة ٣٠ — ١٠١ — ٤٢ وأنظر مثلين آخرين فى نقض مدنى ٢٩ أبريل ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ٥ — ٦١٣ ، ونقض ١٥ ديسمبر ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ — ٢٠٣ — ٣٠ .

(٢) أنظر أسيوط الجزئية ٤ أبريل ١٩٢٠ المجموعة ٢١ رقم ٤٧ .

والرأى الأول يترتب عليه أن يكون لقبول الموعود له الشراء أثر رجعى من وقت ابرام العقد. وهو مردود بأن البيع المعلق على شرط يفترض توافق الارادتين منذ ابرامه على البيع والشراء أى على انشاء التزامات البائع فى ذمة أحد الطرفين والتزامات المشترى فى ذمة الطرف الآخر ، مع تعليقها الى حين تحقق الشرط . وقد تقدم أن ارادة الواعد والموعود له لا تتجه الى شيء من ذلك ، فلا يمكن أن يعتبر الوعد الذى حصل بينهما بيعاً معلقا على شرط .

والرأى الثانى مردود بأن الوعد بالبيع وعد منجز غير معلق على شرط أصلا لأنه يلزم الواعد من وقت ابرام العقد الى حين انتهاء المدة المعينة فيه، وبأنه حتى اذا تجاوزنا عن ذلك فان الشرط الارادى الذى يبطل العقد بسببه هو الشرط الذى يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض ارادة الملتزم لا الشرط الذى يجعل وجود الالتزام متوقفا على ارادة الدائن (المادة ٢٦٧) .

والصواب هو رأى الجمهور ، فيتعين أن ندرس آثار الوعد بالبيع باعتباره عقداً غير مسمى وأن نبدأ بدراسة الآثار المترتبة على هذا الوعد فى ذاته ثم ندرس الآثار التى تترتب على استعمال الموعود له حقه فى الشراء أو على عدم استعماله اياه .

٥٤ — (ا) *آثار الوعد بالبيع فى ذاته* — ينشىء الوعد بالبيع فى ذمة الواعد التزاما بابرام البيع اذا طلب الموعود له ذلك فى المدة المتفق عليها ، ويقابل هذا الالتزام حق شخصى للموعود له يخوله مطالبة الواعد بابرام العقد .

فالوعد بالبيع لا يخول الموعود له حقا عينيا على المال الموعود ببيعه بل حقا شخصيا فقط قبل الواعد . ويترتب على ذلك أن ملكية المال المذكور

تبقى للواعد ولكن يجوز للموعود له أن يتخذ الاجراءات اللازمة للمحافظة على حقه الشخصي أو لافادته منه .

ويتفرع على بقاء الملكية للواعد النتائج الآتية :

(١) تكون ثمار المال الموعود ببيعه ونماؤه وحاصلاته ملكا للواعد .

(٢) وتكون التصرفات الصادرة من الواعد الى الغير فى المال الموعود به صحيحة نافذة فى حق الموعود له . فاذا باع الواعد هذا المال الى شخص ثالث ونقل اليه ملكيته ، كان هذا البيع نافذاً فى حق الموعود له ، فلا يجوز للأخير حتى بعد قبوله الشراء أن يدعى على هذا المال أى حق . وغاية الأمر انه يجوز له أن يطعن على هذا التصرف بالدعوى البولصية اذا توافرات فيه شروطها[١] ، وأهمها علم المتصرف اليـــه بالوعد بالبيع الذى حصل الاخلال به[٢] .

(٣) واذا هلك المـال الموعود ببيعه بقوة قاهرة ، فان كان الهلاك كلياً انقضى التزام الواعد لاستحالة الوفاء به وانقضى تبعاً له حق الموعود له فى التمسك بالوعد وقبول الشراء . وان كان الهلاك جزئيا، لم ينقض التزام الواعد وجاز للموعود له أن يستعمل حقه فى شراء الباقى دون هلاك بالثمن المسمى فى الوعد دون نقصان، لأن عقد البيع لاينعقد فى هذه الحالة الابعد الهلاك فيكون محله هو الباقى فقط من المال الموعود ببيعه، ولأن هذا العقد انما يتم تنفيذاً لعقد الوعد الذى لم يقبل فيه الواعد البيع الا بالثمن المسمى وبه كله ، فيجب أن يتم البيع بهذا الثمن المسمى[٣] . والمشترى بعد بالخيار بين القبول والرفض . واذا حدثت فى المبيع زيادة ، فاما أن تكون الزيادة فى القيمة دون المقدار كالزيادة التى تنشأ من تصقيع الأرض ، واما أن

(١) السنهورى فى الوسيط جـ٤ ص٦٤ ، وقارن البدراوى نبذة ٩٩ ، جميل الشرقاوى نبذة ٣٢ .

(٢) بلانيول وريبير وبولانجيه جـ٢ نبذة ٣٤٨ و ٨١٦ .

(٣) فى هذا المعنى السنهورى جـ ٤ ص ٦٤ هامش ١ ، أنور سلطان نبذة ٧٦ ، كامل مرسى نبذة ٤١ ص ٧٥ .

تكون زيادة فى المقدار كاقامة مبان أو منشآت جديدة . ففى الحالة الأولى يتم البيع بالسعر المسمى فى عقد الوعد ، أما فى الثانية فتكون الزيادة من حق الواعد ولا يجبر على تسليمها الا فى مقابل زيادة الثمن .

ويتفرع على كون حق الموعود له حقاً شخصياً النتائج الآتية :

(١) أن عقد الوعد بالبيع لايخضع لضرورة التسجيل ولو كان محله عقاراً .

(٢) وأنه اذا نزعت ملكية العقار الموعود ببيعه للمنفعة العامة ، فان ثمن نزع الملكية يكون من حق الواعد وحده باعتباره مالكا ، ولا يكون للموعود له أى حق فيه[1] . ومتى تم نزع الملكية صار التزام الواعد مستحيلا دون خطأ منه ، فينقضى الوعد ولا يكون الواعد ملزماً بتعويض الموعود له[2] .

(٣) وأنه يجوز للموعود له باعتباره دائنا أن يتفق مع الواعد على أن يرتب له رهناً على العقار الموعود به تأميناً للوفاء بالوعد . ويقدر فى الرهن مبلغ التعويض الذى يستحقه الموعود له عن الاخلال بالوعد ، فيجوز عندئذ للموعود له أن يحتج بحقه على الغير الذين يتصرف لهم الواعد اضراراً به .

(٤) وأنه يجوز للموعود له أن يتصرف للغير فى حقه الشخصى، ويكون ذلك وفقا لأحكام حوالة الحق أى بقبول الواعد الحوالة أو باعلانه بها (المادة ٣٠٥) مالم يثبت أنه كان لشخص الموعود له اعتبار فى عقد الوعد أو أن نية الطرفين انصرفت الى عدم جواز النزول عن حق الموعود له الى

(١) السنهورى جـ ٤ ص ٦٥ هامش ١ .

(٢) نقض مدنى ١٣ يناير ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية ٢ — ٢٤٠ — ٨٤ المحاماة ١٨ — ٧١٤ — ٣٤٧ المجموعة ٣٩ رقم ٨٤ .

الغير أو الى عدم جوازه الا برضا الواعد ، فلا يكتفى باعلان الواعد ويلزم قبوله[١] ، وينتقل حق الموعود له بالميراث الى ورثته[٢] .

(٥) وأنه يجوز للموعود له القيام بالأعمال اللازمة للمحافظة على حقه، كاستعمال حقوق الواعد من طريق الدعوى غير المباشرة ، والمطالبة بمنع الواعد نفسه من اتلاف المال الموعود ببيعه فيجوز له أن يرفع باسم الواعد دعاوى الحيازة وأن يقطع التقادم المكسب السارى لمصلحة الغير وأن يطلب تعيين حارس على الدار المبيعة اذا شرع الواعد فى هدمها الخ[٣] .

٥٥ — استعمال الموعود له حقه فى قبول الشراء — للموعود له الحق فى قبول الشراء فى أى وقت من المدة المتفق عليها لذلك .

---

(١) ديلوميز ص ٢٨ . وتظهر فائدة الموعود له فى النزول عن حقه الى الغير فى الحالة التى تكون فيها قيمة المال الموعود ببيعه قد ارتفعت فى الفترة مابين الوعد والأجل المعين لابرام البيع .فاذا كان الموعود له لايرغب فى الشراء أو ليس لديه المال اللازم لذلك ، أمكنه أن يجد من يرغب فى شرائه بالثمن المسمى فى عقد الوعد ، ونزل اليه عن حقه فى شراء المال المذكور بهذا الثمن فى مقابل جزء من زيادة القيمة .

ويبدى الشراح عادة تحفظا فيما يتعلق بهذه الحوالة ، فيقولون انها يجب أن لاتضر بحقوق الواعد ويرتبون على ذلك أن الموعود له يبقى ملزما بالثمن الى جانب المحال اليه اذا استعمل هذا حقه فى قبول الشراء ، غير أننا لانرى محلا لذلك لأن الفرض أن الوعد ملزم لجانب واحد وأن الموعود له دائن وليس مدينا ، فاذا نزل عن حقه فلا محل بعد ذلك لجعله مسئولا عن الثمن ، لأن الالتزام بالثمن لاينشأ من عقد الوعد الذى كان الموعود له طرفا فيه ، وانما ينشأ من ابداء المحال اليه قبوله الشراء • فعندئذ فقط يتم عقد البيع وينشأ الالتزام بالثمن فى ذمة المشترى . ولاضرر على البائع من ذلك لأنه يملك حبس المبيع الى حين وفاء الثمن ، ويملك أيضاً فسخ البيع لعدم وفاء الثمن ولايضار الواعد بالحوالة الا اذا كان قد وعد بالبيع بثمن مؤجل كله أو بعضه ولكن فى هذه الحالة يمكن القول بأن شخص الموعود له كان محل اعتبار فى الوعد وأن الحوالة لايجوز بناء على ذلك أن تتم الا بقبول الواعد .

(٢) أنظر تعليق J. Ch. Laurent على حكم استئناف بواتييه ٢٠ يناير ١٩٠٤ فى مجلة الأسبوع القانونى ١٩٥٤ J. ٨٠٦٤ .

(٣) السنهورى جـ٤ ص٦٥ هامش .

ويجب أن يكون هذا الحق حقا خالصا له بحيث تكون له الحرية التامة فى استعماله دون مقابل أو تركه دون جزاء . فاذا اتفق فى الوعد على أن يلتزم الموعود له بدفع مبلغ معين اذا لم يقبل الشراء ، فان هذا الاتفاق يكون مؤداه انشاء التزام على عاتق الموعود له بقبول الشراء ، وهذا الالتزام يخالف طبيعة الوعد الملزم لجانب واحد . ولذلك قضت المحاكم باعتبار مثل هذا الاتفاق لاغياً(١) .

وقد تقدم أن تعيين المدة يجوز أن يكون باتفاق صريح أو ضمنى أو أن يستنبطه القاضى من ظروف التعاقد ، فاذا رفض الموعود له الشراء كان ذلك ابراء منه للواعد من وعده ، وكذلك اذا ترك المدة المذكورة تنقضى دون أن يقبل الشراء .

أما اذا قبل الشراء قبل انقضاء المدة، فان هذا القبول يحيل الوعد بالبيع الى بيع تام ، دون حاجة الى رضا جديد من جانب الواعد، ذلك أن الأخير يعتبر منذ أن ارتبط بالوعد بالبيع قابلا البيع فى حين أن قبول الموعود له الوعد لم يكن قبولا بالشراء ، فاذا أضيف الى الوعد بالبيع هذا القبول بالشراء توافرت بذلك جميع عناصر البيع وترتبت فى ذمة العاقدين جميع آثاره .

ويجوز أن يكون قبول الموعود له الشراء صريحا أو ضمنيا ، فيجوز أن يستفاد من تصرف الموعود له فى المال الموعود ببيعه ، فيعتبر هذا التصرف تعبيراً عن رغبة الموعود له فى تحويل الوعد الى بيع وينقل اليه الملكية من الواعد وينقلها منه الى من تصرف هو اليه(٢) .

---

(١) استئناف أورليان ٥ يناير ١٩٤٩ مجلة جوريسكلاسير الدورية ١٩٤٩ — ٢ — ٤٩٦٢ وتعليق فواران.

(٢) السنهورى فى الوسيط جـ٤ نبذة ٣١ .

ويشترط فى جميع الأحوال أن تكون الرغبة التى يبديها الموعود له فى الشراء مطابقة لارادة الواعد التى عبر عنها فى وعده مطابقة تامة فى كل المسائل الجوهرية التى تناولها التعاقد ، فاذا اقترنت هذه الرغبة بما يعدل فى الوعد فلا ينعقد العقد مالم يقبل الواعد هذا التعديل ، اذ تعتبر هذه الرغبة بمثابة ايجاب جديد ، فلا ينعقد به العقد الا اذا صادفه قبول من الطرف الآخر[1] .

٥٦ — (د) آثار قبول الموعود له الشراء — متى قبل الموعود له الشراء نشأت فى ذمته التزامات المشترى وفى ذمة الواعد التزامات البائع ، أى أن البائع يصبح ملزما بنقل الملكية الى المشترى وبتسليمه المبيع وبضمانه ويصير هذا ملزما بالثمن الذى اتفق عليه فى عقد الوعد بالبيع دون زيادة او نقصان ، فيستفيد الموعود له من زيادة قيمة المبيع فى هذه الاثناء[2].

فاذا تم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية ، سوء أتم هذا التنفيذ بقوة القانون كما فى الأموال المنقولة الحاضرة المعينة بالذات والمملوكة للبائع أم اقتضى عملا يقوم به البائع كفرز المبيع المثلى أو ايجاد المبيع الذى لم يكن موجوداً من قبل أو توقيع العقد اللازم للتسجيل اذا كان المبيع عقارا ، انتهى الأمر ولم تنشأ عن تحويل الوعد بالبيع الى بيع تام أية صعوبة خاصة ، وسرت على العلاقة بين الطرفين جميع أحكام البيع العادية .

أما اذا كان لابد فى انتقال الملكية من عمل يقوم به الواعد ، كما فى بيع العقار حيث لاتنتقل الملكية الا بتسجيل العقد وحيث يقتضى التسجيل

---

(١) نقض مدنى ١٦ ديسمبر ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦–١٢٩١–٢٠٢ .

(٢) أما اذا نقصت قيمة المبيع ، فالغالب أن الموعود له لايقبل الشراء بالثمن المسمى فى عقد الوعد الا اذا وجدت له مصلحة خاصة تبرر فى نظره تحمله الخسارة الناشئة عن نقص قيمة المبيع .

وجود عقد مكتوب وموقع عليه من البائع توقيعا مصدقا عليه، جاز للموعود له متى قبل الشراء مطالبة الواعد باعطائه عقد بيع موقع منه فاذا امتنع البائع عن ذلك ، جاز للمشترى أن يطلب وفقا للمادة ١٠٢ مدنى حكما باثبات التعاقد، وقام هذا الحكم متى حاز قوة الأمر المقضى مقام العقد[١]، أى أنه يجوز تسجيله ويتم بهذا التسجيل نقل الملكية من الواعد الى الموعود له .[٢]

واذا كان الوعد بالبيع فى هذه الحالة مدونا فى محرر يحمل توقيع الواعد توقيعا مصدقا عليه ، جاز للموعود له أن يستغنى عن استصدار حكم يقوم مقام عقد البيع بأن يسجل عقد الوعد المصدق عليه واقراراً منه مصدقا عليه أيضا بقبوله الشراء بناء على ذلك الوعد ، فيقوم تسجيل هاتين الوثيقتين مقام تسجيل عقد البيع .

هذا اذا كان انتقال الملكية لا يزال ممكنا . أما اذا كان الواعد قد تصرف الى الغير فى المال الموعود به ، فان التزام الواعد بنقل الملكية يصبح مستحيلا استحالة ترجع الى اخلال الواعد بوعده . فيلزم الواعد بالتعويض عن هذا الاخلال[٣] . وقد تقدم أن الموعود له لا يستطيع أن يحتج بحقه على المتصرف اليه لأن حقه شخصى لا عينى .

غير أنه اذا كان المتصرف اليه على علم بالوعد بالبيع ، جاز التفكير فى ابطال التصرف الصادر اليه اضراراً بحق الموعود له . وقد أجازت المحاكم الفرنسية أحيانا الطعن فى هذا التصرف من طريق الدعوى البولصية ، وأبطلت التصرف أحيانا أخرى باعتباره عملا غير مشروع من المتصرف اليه ضاراً بالموعود له مستوجبا التعويض طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية وباعتبار ابطاله

(١) فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه ج ٢ طبعة ١٩٥٢ نبذة ٢٤٢٠ ، ديلوميز ص ٨٨ .

(٢) السنهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٦٧ .

(٣) أسيوط الجزئية ٤ أبريل ١٩٢٠ المجموعة ٢٢ رقم ٤٧ . أما اذا استحال تنفيذ الوعد بسبب نزع ملكية المال الموعود ببيعه للمنفعة العامة ، فتكون الاستحالة راجعة الى سبب أجنبى عن الواعد ، وينقضى التزامه ولا يلزم بتعويض (نقض مدنى ١٣ يناير ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية ٢ — ٢٤٠ — ٨٠٤).

تعويضا عينيا ولكنها وجدت أن الموعود له لا يستطيع الالتجاء الى الدعوى البولصية اذا لم يكن تصرف الواعد قد سبب اعساره أو زيادة فى اعساره[١] ، كما تبينت أن قواعد المسئولية التقصيرية لا تنطبق الا اذا كان المتصرف اليه مخطئا فى التعاقد مع الواعد ولو كان على علم بالوعد بالبيع[٢]، فآثرت آخر الأمر أن تؤسس هذا البطلان على قاعدة « الغش يفسد التصرفات » fraus omnia corrumpit ، ولم تكتف أول الامر بمجرد علم المتصرف اليه بالوعد بالبيع بل اشترطت لابطال التصرف أو لعدم نفاذه فى حق الموعود له أن يكون المتصرف اليه متواطئا مع الواعد على الاضرار بالموعود له[٣]. غير أنها انتهت بالاكتفاء فى ذلك بثبوت علم المتصرف اليه بوجود حق الموعود له[٤] .

٥٧ — (ﻫ) *ليس لقبول الشراء أثر رجعى* — ويكون نشوء جميع آثار البيع ، حقوقا كانت أو التزامات بما فى ذلك انتقال ملكية المبيع ، من وقت قبول الشراء لا من وقت حصول الوعد بالبيع ، أى أن القبول لا يكون له أثر رجعى لأن البيع لا يعتبر له وجود الا من وقت هذا القبول .

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه جـ٢ طبعة سنة ١٩٥٢ نبذة ٢٤٢٠، فرواسان فى رسالة من تولوز سنة ١٩٢٤ ص ٧٨ ، ديلوميز ص ١٥٢ .

(٢) موريل ، فى الاخلال بالوعد بالبيع ، فى ضمن المجموعة المهداة الى ذكرى كابيتان ص ٥٤١ ومابعدها .

(٣) نقض فرنسى (عرائض) ١٢ يناير ١٩٢٦ دالوز الأسبوعى ١٩٢٦ — ١١٦ ، مدنى ١٣ نوفبر ١٩٢٩ دالوز ١٩٢٩ — ١ — ١٣١ .

(٤) انظر نقض فرنسى (عرائض) ٢٨ أغسطس ١٩٤٠ سيرى ١٩٤١—١ — ١٠٣، مدنى ١٠ أبريل ١٩٤٨ دالوز ١٩٤٨ — ١ — ٤٢١ وتعليق لينوان . وفى هذا المعنى أيضاً فرديه ، فى الحقوق التمهيدية ص ١١٠، موريل فى المرجع المشار اليه وقديين أن هذا الرأى يختلف عما ذهب اليه القضاء فى شأن المفاضلة بين البيوع المتتالية على أساس السبق فى التسجيل بشرط عدم التواطؤ وبرر اشتراط التواطؤ وعدم الاكتفاء بمجرد العلم لابطال التصرف المسجل بضرورة تزويد التسجيل بأكبر فاعلية ممكنة .

ويتفرع على ذلك أن تقدير الغبن ينظر فيه الى قيمة المبيع وقت قبول الموعود له الشراء لا وقت حصول الوعد وبالمقارنة بالثمن المسمى فى الوعد بالبيع(١) ، وأن الموعود له يستحق ثمار المبيع(٢) ونماءه من وقت ذلك القبول فقط .

٥٨ - (٢) الوعد بالتفضيل – الوعد بالتفضيل(٢) pacte de dc préférence صورة من صور الوعد بالبيع الملزم لجانب الواعد وحده، ولكنه ليس وعداً باتا بل معلقا على شرط واقف ، هو التزام الواعد أن يبيع المال محل الوعد بالتفضيل ، وصورته أن يعد المالك شخصا آخر أن يعطيه الأولوية فى الشراء اذا ما عزم هو على بيع مال معين خلال مدة محدودة . فاذا قبل الموعود له هذا الوعد انعقد بينهما عقد لا يلتزم الواعد بموجبه أن يبيع الى الموعود له المال المتفق عليه الا اذا عزم على بيع هذا المال خلال المدة المعينة ، فانه حينئذ يكون ملزما أن يبيع الى الموعود له اذا قبل هذا أن يشترى بالثمن وبالشروط التى يقبل بها غيره ، ولا يجوز له أن يبيع الى غير الموعود له الا اذا رفض الأخير أن يستعمل حقه فى الأولوية .

ولأن هذا الوعد ليس متوقفاً على ارادة الواعد وحده بل أيضا على الظروف التى تحمله على البيع ، لا يعتبر الشرط المعلق عليه الوعد شرطاً اراديا محضا ويقع الوعد صحيحاً .

ويحقق الوعد بالتفضيل أغراضا عملية كثيرة، فهو يسمح مثلا للمستأجر الذى يرغب فى الاستقرار فى العين المؤجرة بأن يحقق رغبته من طريق الحصول من المؤجر على وعد بتفضيله على غيره اذا ما رغب فى بيع العين المؤجرة ،

---

(١) فى هذا المعنى كفاروك فاهل Cavaroc - Wahl فى الغبن فى الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ، فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٢٧ ص ٥٧١ .

(٢) راجع لالو فى الوعد بالتفضيل ، دالوز الأسبوعى ١٩٢٩ ص ٤٨ بحوث ، فوارآن فى الوعد بالتفضيل ، مجلة الأسبوع القانونى ١٩٥٤ .D ١١٩٢ .

ويسمح لمن يبيع شيئا عزيزاً عليه الى شخص بذاته أن يضمن الى حد ما عدم انتقال هذا الشيء الى أجنبي، ويمكن أن يحقق المصلحة التي شرعت من أجلها الشفعة في الأحوال التي لا تجوز فيها الشفعة، كما اذا اشترى شخص أحد عقارين غير متجاورين يملكهما آخر وكانت له مصلحة في شراء العقار الثاني ولكن المالك لا يرغب مؤقتا على الأقل في بيعه، أمكن المشترى أن يحصل من البائع عند شراء العقار الأول على وعد باعطائه الأولوية في الشراء اذا ما رغب البائع بعد ذلك في بيع العقار الثاني، وتيسر له بذلك عند ما يعتزم مالك هذا العقار بيعه أن يلزمه ببيعه اليه بدلا من بيعه الى شخص آخر.

ولا يجوز الطعن في صحة هذا الوعد بأنه لا يتضمن تعيين الثمن، لأن هذا الاتفاق ان كان لا يعين الثمن تعيينا مباشراً، فانه يتضمن طريقة تعيينه وهي أن يكون الثمن أعلى ثمن يقبل الشراء به أي شخص آخر. وغني عن البيان أن قبول هذا الشخص الآخر يجب أن يكون قبولا جديا[1]. فاذا ظهر فيما بعد أن الموعود له قد خدع في حقيقة الثمن الذي عرضه الأجنبي، جاز له طلب ابطال العقد أو نقص الثمن.

ولا يختلف الوعد بالتفضيل عن الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد الا في أمرين: أولهما أن الأصل في الوعد بالتفضيل أن يكون شخص الموعود له

---

(١) ويرى بعض الشراح أن الوعد بالتفضيل يلزم الواعد بأن يقدم الى الموعود له السندات المثبتة وجود مشتري للمال محل الوعد والثمن الذي عرضه هذا المشترى حقيقة، ويقابل ذلك حق للموعود له في مطالبة الواعد بتقديم هذه المستندات action ad exhibendum (فرديه في الحقوق التمهيدية أو المحتملة ص ١١٢، لالو في مقاله المشار اليه ص ٤٢). وقد كان في المشروع التمهيدي للتقنين المدني الحالي نص ينظم مثل هذا الالتزام والدعوى التي تكفله بوجه عام (المادة ٢٧٣)، ولكن لجنة المراجعة حذفته اذ رأت أن حكمه ادخل في باب المرافعات (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ ص ٤٩١). واقتصر واضعو تقنين المرافعات على تنظيم الزام الخصم بتقديم ورقة موجودة تحت يده في حالات معينة (المواد ٢٥٣ وما بعدها)، انظر في ذلك كتابنا في الأدلة الخطية واجراءاتها سنة ١٩٦٧ نبذة ١٤٧ وما بعدها.

محل اعتبار فى التعاقد ، فلا يجوز للدائن فى الوعد بالتفضيل أن ينزل عن حقه الى آخر دون رضا الواعد[1] . والثانى يتعلق بتاريخ نشوء حق الموعود له فى قبول الشراء وتحويل الوعد الى بيع ، فان هذا الحق ينشأ فى الوعد بالبيع باتا منذ ابرام الوعد، أما فى الوعد بالتفضيل فانه لا ينشأ الا معلقا على شرط ، ولا يجوز للموعود له استعماله الا فى الوقت الذى يتحقق فيه الشرط، أى الذى يعتزم فيه الواعد البيع .

وفيما عدا هذين الفرقين ، فان الوعد بالتفضيل يكون حكمه ابتداء من الوقت الذى يعتزم فيه الواعد البيع حكم الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد سواء فى الفترة السابقة على قبول الموعود له الشراء أو فى الفترة التالية لقبوله .

٥٩ — (٣) **الوعد بالشراء** — والوعد بالشراء اتفاق يلتزم بموجبه راغب الشراء وحده أن يشترى مالا معينا بثمن مسمى اذا قبل مالكه أن يبيعه اياه بهذا الثمن فى مدة محددة .

وقد يكون هذا الاتفاق بين راغب الشراء ومالك الشىء الموعود بشرائه، أو يكون بينه وبين شخص آخر له مصلحة فى هذا الوعد كوسيط[2]

---

(١) فرديه ، فى الحقوق المحتملة ، ص ١١٢

(٢) اذا حصل الوعد بالشراء بين الواعد ووسيط (سمسار مثلا) ، فانه لا يعتبر وعدا بالشراء حقيقة الا اذا اتجه قصد الطرفين الى أن الواعد يصبح مرتبطا بعقد البيع بمجرد موافقة المالك على ذلك . ويعتبر عقد الوعد فى هذه الحالة متضمنا اشتراطا لمصلحة الغير وهو مالك الشىء محل التعاقد، فيكسب منه هذا المالك الحق فى الزام الواعد بالشراء وفى تحويل عقد الوعد الى عقد بيع بمجرد قبوله البيع ، أى أن الواعد لا يجوز له فى هذه الحالة أن يتحلل من وعده قبل انقضاء المدة المحددة له سواء قبل استعمال المالك حقه فى تحويل الوعد الى بيع أو بعد ذلك مقابل اعطائه الوسيط أتعابه المتفق عليها ، بل يمكن اجباره على الشراء والزامه بدفع الثمن . أما اذا اتجه قصد العاقدين الى تفويض الواعد الوسيط فى الحصول على رضا المالك بالبيع ، على أن يتم البيع بعد ذلك باتفاق يعقد مباشرة بين البائع والمشترى ، فان ذلك لا يعتبر وعداً بالشراء وانما هو تكليف بوساطة ، فيجوز للواعد أن يتحلل عن الشراء ولو بعد

فى البيع أو غيره(١) .

ومن الأمثلة عليه أن يرغب الشريك المشتاع فى بيع حصته بثمن معين، فيعد شريكه أن يشتريها منه بعد شهر أو شهرين بهذا الثمن أو بثمن معين أعلى منه، فيقبل الأول هذا الوعد اذ يضمن به البيع بالسعر الذى كان يريده من بقائه حراً فى أن يبيع الى شريكه بالثمن المتفق عليه أو يبيع الى غيره اذا وجد له مصلحة فى ذلك .

ولا بد فى انعقاد الوعد بالشراء من ايجاب وقبول(٢)، ولكنه لا يلزم الا جانبا واحداً هو جانب الواعد بالشراء . أما المالك الموعود له فيكون حراً فى قبول البيع الى الواعد أو عدمه ، أى أنه يجوز له أن لا يبيع ملكه لا الى الواعد ولا الى غيره ، ويجوز له أن يبيعه الى غير الواعد ، دون أن يترتب على رفضه البيع أو على بيعه الى الغير أية مسئولية قبل الواعد ، لأن عقد الوعد لا يلزمه بشىء بل يخوله حقا فى أن يحيل الوعد الى بيع اذا

= قبول المالك البيع ، غير أنه يلزم فى هذه الحالة بدفع أتعاب الوسيط المتفق عليها أو التى يقررها العرف أو القانون .

(١) ومن هذا القبيل ماقضت به محكمة استئناف مصر فى ٣ أبريل ١٩٣٠ (المحاماة ١٠ ـ ٧٢٢ ـ ٣٥٩) من أنه اذا صدر وعد من مشترين فى العقد الصادر من البائعين لهم بشراء حصة أخوة البائعين فى ميعاد معين ، فان هذا يعتبر وعدا بالشراء من جانب واحد ، وليس للواعدين الرجوع عن وعدهم قبل انقضاء الأجل المتفق عليه . ولايمنع من ذلك أن يكون مالك المال الموعود بشرائه ليس طرفا فى عقد الوعد ، لأن من القواعد القانونية جواز بيع الشىء المملوك للغير فى الوعد المفرد (ولعل المحكمة قصدت من هذة العبارة الأخيرة جواز تضمن الوعد بالشراء اشتراطا لمصلحة شخص آخر هو مالك المال الموعود بشرائه) .

(٢) ويجوز أن يكون الايجاب باتا ، كما يجوز أن يكون معلقا على شرط . وفى هذه الحالة الأخيرة لايكون الواعد ملزما بالشراء عند قبول الموعود له البيع الا اذا تحقق الشرط. وتطبيقا لذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من يعد بالشراء مع تعليق هذا الوعد على فحص سندات الملكية لايكون ملزما بالشراء متى كانت تلك السندات غير قانونية ولا يجبر على الاكتفاء بالتقادم المكسب الذى تم لصالح البائع [٨ نوفبر ١٩٣٢ (٤٥ ص ١٥)]، واذا عينت مدة ليقوم فيها المشترى بفحص سندات الملكية ، فان هذه المدة لاتسرى الا من وقت تسليم هذه السندات الى المشترى (الحكم المذكور فيما تقدم) .

رغب هو فى ذلك ، فهو يملك أن يستعمل هذا الحق أو أن يسقطه . ويعتبر رفضه البيع اطلاقا أو بيعه الى الغير اسقاطا منه لهذا الحق .

أما اذا استعمل الموعود له هذا الحق بأن أبدى قبوله البيع بالشروط المتفق عليها فى الوعد ، تم بهذا القبول ـ مضافا الى الوعد بالشراء ـ عقد بيع حقيق وترتبت عليه آثاره من وقت هذا القبول لا من وقت الوعد ، كما تترتب آثار الوعد بالبيع الملزم لجانب البائع من وقت قبـــول الموعود له الشراء .

ويجوز أن يقترن الوعد بالشراء بدفع عربون ، فيطبق عليه حكم التعاقد بالعربون ويكون للواعد بالشراء حق العدول عن وعده قبل انتهاء أجله مقابل تركه قيمة العربون، ما لم يتبين أن المتعاقدين قصدا بدفع الواعد بالشراء قيمة العربون أن تكون هذه القيمة دفعة معجلة لحساب الشراء عندما يتم قبول تحويل الموعود له ذلك الوعد الى بيع .

٦٠ — (٤) **الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء أو الوعد الملزم للجانبين** — يتكون الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء من تعهدين متقابلين أحدهما وعد بالبيع والآخر وعد بالشراء ، ومن قبول كل من الطرفين تعهد الطرف الآخر .

وقد تقدم أن المشرع المصرى قد تفادى فى التقنين المدنى الحالى الخلاف الذى ثار فى القانون الفرنسى بشأن الوعد الملزم للجانبين واعتباره بيعاً تاماً أو مجرد وعد بالبيع ، اذ نص فى المادة ١٠١ على أن يعتبر من قبيل الوعد بالتعاقد « الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين ... بابرام عقد معين فى المستقبل » .

وقد سبق أن لاحظنا أن هذا النص يشترط فى انعقاد الوعد أن تعين فيه المدة التى يجب فيها ابرام العقد الموعود به .

وبناء على ذلك نفرق بين حالتين : الأولى اذا وعدتك أن أبيعك سيارتى مثلا بألفى جنيه اذا أنت قبلت شراءها ، وقبلت أنت منى هـــذا الوعد ووعدتنى أن تشتريها منى بهذا الثمن اذا أنا قبلت بيعها اليك ، فقبلت أنا منك هذا الوعد ، فان هذا الرضا المتبادل لا يعتبر وعدا بالبيع وبالشراء اذ ينقصه ركن هام من أركان الوعد بالبيع وهو أن يكون الموعود به ابرام عقد بيع فى المستقبل أى فى مدة معينة ومحددة فى الاتفاق .

غير أن هذا الاتفاق الذى لم تكتمل فيه شروط الوعد بالبيع تتوافر فيه أركان البيع ذاته لأن ارادة كل من الطرفين اتجهت فيه الى الارتباط بعقد بيع اذا قبل الطرف الآخر ذلك . وقد تحقق هذا الشرط من وقت تبادل الرضا ، فيعتبر الاتفاق بيعا تاما وينتج من وقت انعقاده جميع آثار البيع ، فتنتقل به الملكية ويلتزم البائع بالتسليم والمشترى بالثمن ، وتكون هذه الحالة غير داخلة فى نطاق الوعد بالبيع بالرغم من استعمال الطرفين صيغة الوعد ومن تسميتها هذا الاتفاق وعدا بالبيع .

أما الحالة الثانية فهى التى يلتزم فيها كل من العاقدين بابرام البيع فى المستقبل اذا طلب منه العاقد الآخر ذلك فى مدة معينة . كما اذا اقتسم أخوان تركة تشمل عقاراً محملا بدين مؤجل ، وكان كل منهما يرغب فى العقار المحمل بالدين ، فاقترعا عليه ، ثم رأى من وقع فى نصيبه هذا العقار أن يجامل أخاه فوعده أن يبيعه هذا العقار بثمن قدره عشرة آلاف جنيه اذا تيسر له جمع هذا الثمن وأراد شراء العقار به فى خلال سنة ، وقبل الموعود له هذا الوعد وأراد هو أيضا أن يجامل أخاه الذى التزم بالدين المحمل به العقار فوعده بشراء هذا العقار منه بالثمن المذكور اذا احتاج الى المال لوفاء الدين المحمل به العقار ورغب فى البيع فى خلال سنة . ففى هذه الحالة يكون هناك وعد متبادل بالبيع وبالشراء لمدة سنة ، لم تتجه فيه نية المتعاقدين الى الالتزام بنقل الملكية أو بالثمن ، وانما اتجهت فقط الى انشاء التزام فى ذمة كل منهما

بابرام عقد البيع متى طلب الطرف الآخر ذلك قبل انتهاء المدة المتفق عليها.
فلا يمكن القول بأن هذا الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء يعتبر بيعا من وقت حصوله بل يتعين الاحتفاظ له بصفته وعداً ، ويشترك مع الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد فى جميع أحكامه، عدا أن حق تحويل الوعد الى بيع يكون لكل من طرفيه ـ باعتبار أن كلا منهما موعود له ـ بدلا من أن يكون لأحد الطرفين فقط كما فى الوعد الملزم لجانب واحد .

المبحث الرابع

التبايع بطريق النيابة

٦١ — **احالة الى القواعد العامة** — يجوز أن يتم التعاقد بالبيع بواسطة نائب عن البائع أو عن المشترى أو نائب عن كل منهما . وفى هذه الحالة تطبق القواعد العامة المنصوص عليها فى المواد من ١٠٤ الى ١٠٨ مدنى . وهى تشترط لصحة التعاقد بالنيابة : (١) احلال النائب ارادته محل الأصيل. (٢) وصدور ارادة النائب فى حدود نيابته ، (٣) وابرام التعاقد باسم الأصيل، لا باسم النائب ، أى وجوب ذكر النائب أنه يتعاقد بصفته نائبا عن الأصيل. وترتب القواعد العامة على ذلك انصراف أثر التعاقد الى الأصيل مباشرة ، دون أن يمر بشخص النائب .

ويستوى فى ذلك أن تكون النيابة اتفاقية أو قانونية أو قضائية. ويرجع فى كل حالة فى تعيين حدود نيابة النائب التى يجب عليه أن يلتزمها حتى يقع تصرفه صحيحا نافذا فى حق الأصيل الى مصدر النيابة سواء كان اتفاقا أو نصا قانونيا أو حكما قضائيا .

ونكتفى فى ذلك بالاحالة الى القواعد العامة المشار اليها ، فيما عدا مسألتين نرى أنهما جديرتان بأن يكون لهما مكان خاص فى شرح عقد البيع

لأهميتهما العملية فيه بوجه خاص ، هما تعاقد الشخص مع نفسه بالبيع والشراء ، وتعاقد الشخص بواسطة شخص آخر مسخر أو باسم مستعار .

٦٢ — *تعاقد الشخص مع نفسه بالبيع والشراء* — يكون تعاقد الشخص مع نفسه في احدى صورتين : اما أن يتعاقد لحسابه الخاص بائعا أو مشتريا مع نفسه بصفته نائبا عن العاقد الآخر ، واما أن يتعاقد لحساب غيره بائعا ومشتريا وينوب في التعاقد عن كلا الطرفين .

وتنص المادة ١٠٨ مدني على أنه لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل . على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد ، كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة .

ويبين من هذا النص أنه يعتبر الأصل عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه في كلتا صورتيه اللتين تقدمت الاشارة اليهما ، وأن هذا الأصل ترد عليه استثناءات بنص القانون أو بمقتضى قواعد التجارة .

وقد طبق المشرع هذا الأصل في المواد ٤٧٩ وما بعدها في باب البيع ، حيث نص في المادة ٤٧٩ على أن « لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه أو باسم مستعار - ولو بطريق المزاد العلني - ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة ، ما لم يكن ذلك باذن القضاء ومع عدم الاخلال بما يكون منصوصا عليه في قوانين أخرى» ، وفي المادة ٤٨٠ على أن « لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود اليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار» ، وفي المادة ٤٨١ على أن « يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين اذا أجازه من تم البيع لحسابه » .

ويعتبر كذلك تطبيقاً لهذا الأصل ما نصت عليه المادة ٣١ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال حيث أوجبت فى فقرتيها (ب) و (ج) أن تقيم المحكمة وصياً خاصاً تحدد مهمته وذلك فى أحوال معينة ، منها حالة ما « اذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الوصى أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه أو مع من يمثله الوصى » ، وفى حالة «ابرام عقد من عقود المعارضة أو تعديله أو فسخه أو ابطاله أو الغاؤه بين القاصر وبين الوصى أو أحد من المذكورين فيما تقدم » .

ومن الاستثناءات التى نص عليها قانون الولاية على المال المشار اليه ما نصت عليه المادة ١٤ من أن « للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر الا اذا نص القانون على غير ذلك » ، أى أن هذه المادة قلبت القاعدة الأصلية فيما يتعلق بالأب وحده دون الجد أو الوصى أو القيم ، فجعلت الأصل بالنسبة اليه جواز التعاقد مع نفسه ما لم ينص القانون على غير ذلك .

وما نصت عليه المادتان ٦ و ٩ من القانون المذكور من أنه يجوز للولى أن يتصرف فى عقار القاصر لنفسه باذن المحكمة .

وما نصت عليه المادة ٣٩ فقرة ٥ من جواز ايجار الوصى مال القاصر لنفسه باذن المحكمة .

ومن الاستثناءات التى جرت بها قواعد التجارة جواز مباشرة الوكيل بالعمولة عقد البيع عن طرفيه معاً .

وفيما عدا الاستثناءات التى وردت بشأنها نصوص خاصة أو جرت بها قواعد التجارة لا يجوز تعاقد الشخص مع نفسه ، ويكون جزاء هذه المخالفة ليس البطلان المطلق لأن النص يسلم بامكان اجازة العقد من الأصيل ولأن الاجازة لا ترد على العقود الباطلة ، وليس البطلان النسبى لأن اجازة العقد الباطل بطلانا نسبيا لا تكون الا من أحد طرفيه اللذين اشتركا

فى ابرامه ، وانما هو وقوع العقد غير نافذ فى حق الأصيل الذى يضار منه بحيث يفترض فى ابرامـه فرضاً قابلا لاثبات العكس أنه جاوز حدود النيابة ، أى أن العقد يكون موقوفاً على اقرار هذا الأصيل ، فان أقره نفذ فى حقه والا لم ينتج أثره[1] . وهذا هو المقصود بالاجازة التى ورد ذكرها فى المادتين ١٠٨ و٤٨١ المشار اليهما فيما تقدم .

٦٣ — التعاقد بالبيع أو الشراء باسم مستعار أو بواسطة شخص مسخر —
يكون التعاقد باسم مستعار أو بواسطة شخص مسخر اذا فوض الموكل الوكيل فى أن يبيع عنه أو يشترى له شيئاً معينا دون أن يذكر اسمه (أى اسم الموكل) فى العقد . ففى هذه الحالة يكون الشخص المسخر فى علاقته بمن تعاقد معه بالبيع أو بالشراء هو العاقد الذى تنتقل اليه ملكية المبيع أو ينشأ فى ذمته الالتزام بالثمن . ويكون هو كذلك أيضاً بالنسبة الى الغير . أما فى علاقته بموكله ، فيكون هذا الأخير هو الذى ينصرف اليه أثر العقد ، فيصبح هو المالك للمبيع أو الملزم بالثمن ، دون حاجة الى صدور تصرف جديد ينقل الملكية اليه من المسخر ولا الى صدور تعهد جديد منه بالتزامه بالثمن .

وكما يجوز للمسخر أن يرجع عليه بالثمن الذى دفعه للبائع ، يجوز للأصيل أن يرفع على المسخر دعوى تثبيت الملكية استناداً الى الوكالة المستترة والى عقد الشراء الذى أبرمه المسخر بناء عليها .

وتطبيقا لذلك قررت محكمة النقض أن « من يعير اسمه ليس الا وكيلا عمن أعاره وحكمه هو حكم كل وكيل، فيمتنع عليه قانونا أن يستأثر لنفسه بشيء

---

(١) فى هذا المعنى منصور نبذة ١٣٤ ص٣٠٣، أنور سلطان ص٤٣٤ ، وقرب السنهورى فى الوسيط ج ٤ ص ١٠٦ .

وكل فى أن يحصل عليه لحساب موكله ، ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء الا من ناحية أن وكالته مستمرة، وهذا يقتضى أن تعتبر الصفقة فيما بين الموكل والوكيل قد تمت لمصلحة الموكل ولحسابه فيكسب كل ما ينشأ عن التعاقد من حقوق ولا يكسب الوكيل من هذه الحقوق شيئا ولا يكون له أن يتحيل بأى وسيلة للاستئثار بالصفقة دونه ، ومن ثم فاذا كان التعاقد يتعلق ببيع عقار كانت الملكية للأصيل فيما بينه وبين وكيله ولو أنها تكون للوكيل معير الاسم فيما بينه وبين البائع والغير . ويرجع ذلك الى أنه مهما كان للوكيل المسخر من ملكية ظاهرة فى مواجهة الكافة فانها ملكية صورية بالنسبة الى الأصيل يمنع من الاحتجاج بها قبله قيام الوكالة الكاشفة لحقيقة الأمر بينهما . وينتج من هذا أن الأصيل لايحتاج - لكى يحتج على وكيله المسخر بملكية ما اشتراه — إلى صدور تصرف جديد من الوكيل ينقل به الملكية اليه اذ يعتبر الأصيل فى علاقته بالوكيل هو المالك بغير حاجة الى أى اجراء وانما يلزم ذلك الاجراء فى علاقة الأصيل بالغير . « فاذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى تكييف عقد البيع الى أنه تعاقد بطريق التسخير فانه يكون عقدا جديا ويستتبع ذلك صحة التسجيل الحاصل بشأنه ولزومه لامكان نقل الملكية من البائع الى المسخر وبالتالى الى الموكل . والقضاء بمحو هذا التسجيل يترتب عليه بقاء الملكية على ذمة البائع واستحالة انتقالها الى الموكل ومن ثم يكون الحكم بقضائه هذا قد حال دون تنفيذ مقتضى القانون وما اراده من أن تكون الملكية للأخير فيما بينه وبين الوكيل وليس للبائع[1] » .

---

(١) نقض مدنى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة النقض ١٥ — ١٠٧٣ — ١٥٩ .

المبحث الخامس
تفسير عقد البيع

٦٤ – تفسير البيع فى القانون الفرنسى – القاعدة فى تفسير العقود فى القانون الفرنسى أن العقد يفسر عند الشك ضد الدائن ولمصلحة المدين (المادة ١١٦٢ مدنى فرنسى)، وذلك لأن الأصل فى الشخص براءة الذمة ولأن شغل الذمة لا يكون الا بدليل ، لأن الشك فى شغل الذمة يوجب البراءة والشك فى مقدار الالتزام يوجب الأخذ بالأقل منه واطراح ماوقع الشك فيه .

وكان تطبيق هذه القاعدة على عقد البيع يؤدى الى التفرقة بين الشروط المتعلقة بالتزامات البائع والشروط المتعلقة بالتزامات المشترى ، وتفسير الأولى عند الشك لمصلحة البائع والثانية لمصلحة المشترى . غير أن المشرع الفرنسى لم يترك تفسير عقد البيع خاضعاً لهذه القاعدة العامة بل خرج عليها فى شأنه بأن نص فى المادة ١٦٠٢ مدنى على أنه يجب على البائع أن يبين فى ايضاح تام مايلتزم به وعلى أن كل شرط فى عقد البيع يوجد به غموض أو لبس يجب تفسيره ضد البائع . وبناء على ذلك تفسر جميع شروط عقد البيع عند الشك ضد البائع ولمصلحة المشترى سواء كانت تلك الشروط متعلقة بالتزامات الأول أو بالتزامات الثانى . ويعلل الشراح هذا الحكم الاستثنائى بالفكرة التى كانت سائدة من عهد الرومان الى وقت وضع التقنين المدنى الفرنسى وهى أن البائع هو الذى يملى عادة شروط العقد على المشترى « Quivend le pot dit le mot » ، فاذا ما وجد غموض أو لبس فى هذه الشروط وجب أن يتحمل البائع تبعة ذلك .

غير أن الواقع أن البائع لايتمكن دائما من املاء شروطه ، بل كثيرا ما يكون مضطرا الى البيع أو متلهفا عليه فيخضع هو للشروط التى يمليها عليه المشترى ، فلا يكون من العدالة حينئذ أن يتحمل هو مغبة الغموض أو اللبس الذى يقع فى الشروط التى يمليها عليه المشترى . لذلك رأى الشراح أن يضيقوا

تطبيق هذا النص الاستثنائى واشترطوا فيه أولا أن يستنفد القاضى كل وسيلة لاستجلاء حقيقة المعنى المقصود بالشرط الذى يشوبه لبس أو غموض وثانياً أن يكون الشرط المراد تفسيره من الشروط المألوفة عادة فى عقود البيع . أما اذا كان شرطا غير مألوف أملاه المشترى لمصلحة نفسه ، تعين الرجوع فى تفسيره الى القاعدة العامة أى تفسيره لمصلحة المدين بالالتزام الذى ينشئه هذا الشرط .

٦٥ — *تفسير البيع فى القانون المصرى* — القاعدة العامة فى تفسير العقود فى القانون المصرى لاتختلف عنها فى القانون الفرنسى . فقد نصت المادة ١٥٠ مدنى على أنه يجب فى تفسير العقد « البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات » . ويدخل استخلاص نية المتعاقدين المشتركة من عبارات العقد وصيغته فى سلطة المحكمة الموضوعية(١) .

فإذا لم يؤد هذا البحث الى استظهار نية المتعاقدين المشتركة وبقى الشك يحوط هـــذه النية ، وجب وفقاً للمادة ١٥١ مدنى أن « يفسر الشك فى مصلحة المدين » (وكانت المادة ١٤٠ / ٢٠١ مدنى قديم تقضى بمثل ذلك

---

(١) نقض مدنى ٢١ مارس ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ — ١٣٧٢ — ٦٠٥ ، نقض مدنى ٩ يناير ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ — ٦٢ — ٥ ، وأيضاً ٢٠ مارس ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ — ٢٢٣ — ٢٩ .

وسيجىء أنه فى بيع العقار اشترط القانون شهر العقد لانتقال ملكية العقار المبيع من البائع الى المشترى، ولما كان نظام الشهر العقارى يفرض اجراءات طويلة لامكان اعداد العقد الصالح للشهر ، جرى العمل على أن يحرر العاقدان عقداً ابتدائياً بالبيع يكون منتجا من وقت ابرامه جميع آثار البيع عدا انتقال الملكية ، ثم يشرعان فى اجراءات اعداد العقد النهائى الذى يصلح للشهر، وكثيراً ما يتضمن العقد الابتدائى شروطاً لايرى العاقدان محلا لايرادها فى العقد النهائى كالاتفاق على شرط جزائى اذا ما تخلف أحد العاقدين عن توقيع العقد النهائى بمجرد اعداده، وفى هذه الحالة يجب العقد النهائى العقد الابتدائى ويكون هو المعول عليه وحده فى استخلاص نية الطرفين المشتركة (نقض مدنى ٩ يناير ١٩٥٨ المشار اليه آنفاً) ، وفى هذا المعنى أيضاً =

أيضا) . ويمن المسلم أنه لا يجوز للقاضى أن يلجأ الى تطبيق هذه القاعدة الا اذا لم يجد سبيلا الى استظهار نية العاقدين الحقيقية .

وقد اكتفى المشرع المصرى بهذه القاعدة العامة ولم يشأ الخروج عليها فى شأن البيع بنص استثنائى يقابل نص المادة ١٦٠٢ مدنى فرنسى ، فوجب الأخذ بهذه القاعدة فى تفسير البيع كما فى سائر العقود(١) .

غير أنه قد خرج على هذه القاعدة ذاتها بحكم استثنائى آخر يتعلق بتفسير طائفة من العقود قد يدخل فيها البيع أحياناً ، تلك هى عقود الاذعان أى العقود التى يقتصر فيها القبول على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها (المادة ١٠٠ مدنى) ، اذ نص فى المادة ١٥١ فقرة ثانية على أن «لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الاذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن» . فاذا تم البيع بطريق الاذعان كما فى بيع غاز البوتاجاز ووقع الخلاف فى شأن قصد العاقدين فيما يتعلق بالتزام الشركة البائعة بضمان عيوب الغاز المبيع أو عيوب الأنابيب التى تحتوى هذا الغاز ، فان هذا الشك يفسر لمصلحة المشترى باعتباره الطرف المذعن لا لمصلحة الشركة البائعة باعتبارها الطرف المدين . وعلة ذلك أن الطرف المذعن لا يد له فى وضع شروط العقد ، وأن الطرف الآخر هو الذى يملى شروطه فيتحمل مغبة ما يقع فيها من لبس أو غموض .

= استئناف مختلط ١٢ أبريل ١٩١١ (٢٣ ص ٢٦١) ، على أنه يجوز الاستدلال بالعقد الابتدائى لجلاء ما قد يشوب عبارات العقد النهائى من لبس أو غموض دون اضافة شروط جديدة اليها [استئناف مختلط ١٧ يناير ١٩٣٩ (٥١ ص ١١٦) ، نقض مدنى ٣٠ أكتوبر ١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونية ٥ — ٤٧٢ — ٢٢٤].

(١) ويلاحظ أن التقنين الملغى أيضاً قد اكتفى بالقاعدة العامة ولم يورد مقابلا لنص المادة ١٦٠٢ فرنسى ، فقد ذهبت محكمة الاستئناف المختلطة الى أنه فى عقد البيع يفسر كل شرط أو غموض ضد البائع [استئناف مختلط ١٠ مايو ١٩٤٣ (٥٥ ص ١٤٨)] . والظاهر أن هذا المذهب لم يكن له أى سند من القانون .

الفصل الثانى

محل البيع

٦٦ — **ازدواج المحل فى عقد البيع** — تقدم أن البيع عقد ملزم الجانبين، فهو يتكون من ارادتين تلتزم كل منهما بالتزامات ، وأهم التزامات البائع التزامه بنقل ملكية المبيع ثم التزامه بتسليم المبيع وبضمان الانتفاع به انتفاعا هادئاً ، ومحلها جميعا أعمال تتعلق بالمبيع فيمكن أن يعتبر المبيع تجوزا محلا لعقد البيع . ومن جهة أخرى فان أهم التزامات المشترى التزامه بدفع الثمن، فيعتبر الثمن كذلك محلا لعقد البيع .

فتقتضى دراسة محل البيع دراسة كل من المبيع والثمن .

الفرع الأول

المبيع

٦٧ — **المبيع هو المال لا الشىء** — فرق التقنين الحالى بين الأشياء والأموال ، فنص على أن الشىء يكون محلا للحقوق المالية (المادة ٨١ فقرة أولى) وعلى أن المال هو الحق المالى (المادة ٨٣) ، وقد تقدم أن المادة ٤١٨ عرفت البيع بأنه عقد يلتزم به البائع أن ينقل الى المشترى ملكية شىء أو حقا ماليا آخر فى مقابل ثمن نقدى ، فدلت بذلك على أن البيع لا يرد على الأشياء فى ذاتها بل على الحقوق المالية سواء كانت مترتبة على أشياء مادية أو لم تكن كذلك . ومن هذا القبيل أيضا مانصت عليه المادة ٤٢٨ من أن

البائع يلتزم أن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع الى المشترى وأن يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلا أو عسيراً (انظر أيضاً نصوص المواد ٢٦٠/٣٢٧ فقرة أولى و ٢٦٢/٣٢٩ و ٢٦٦/٣٣٦ فقرة أولى من التقنين الملغى) .

غير أنه يلاحظ أن النصوص كثيرا ماتتحدث عن الشيء المبيع أوالعين المبيعة ، والمقصود بذلك الشيء أو العين محل الحق المبيع ، اذ الواقع أن البائع انما ينقل الى المشترى حقه على الشيء لا الشيء ذاته أى أنه ينقل اليه سلطته القانونية على هذا الشيء ، تلك السلطة التى تميز المشترى عن السارق .

والحقوق التى تكون محلا للبيع هى الحقوق المالية وحدها سواء أكانت حقوق ملكية عقارية أو منقولة أم كانت حقوقا عينية أخرى أو حقوقا شخصية أو حقوقا أدبية . على أن الغالب أن يكون محل البيع حق ملكية ، وقد اعتبر هذا الحق من قديم الزمن مالا ماديا لأنه يحيط بالشيء الذى يرد عليه احاطة تامة ، ولذلك جرى المشرع والشراح عند عرضهم لشروط المبيع وأحكامه على التحدث عن الشيء المبيع أو العين المبيعة كما تقدم ، غير أن الأحكام التى أوردها المشرع فيما يتعلق بالشيء المبيع أوالعين المبيعة ليست خاصة ببيع الأموال المادية بل تنطبق أيضاً على بيع الأموال غير المادية أى سائر الحقوق المالية بالقدر الذى لاتتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق .

٦٨ — **الشروط الواجب توافرها فى المبيع** — لم يرد فى التقنين المدنى الحالى نص خاص على الشروط الواجب توافرها فى المبيع ، فيخضع المبيع فى ذلك للقواعد العامة . وقد نصت المادة ١٣٢ على أنه اذا كان محل الالتزام

مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلا ، أى أنها اشترطت فى محل الالتزام أن يكون ممكناً . وظاهر أن الالتزام بنقل ملكية شىء معين لا يكون ممكنا الا اذا وجد هذا الشىء وكان محلا لحق ملكية، فيؤخذ من ذلك أنه يشترط فى المبيع أن يكون موجودا .

ومن جهة أخرى نصت المادة ١٣١ فقرة أولى على أنه يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ، فدلت بذلك على أنه لا يشترط أن يكون المبيع موجودا فعلا وقت العقد بل يكفى عندئذ أن يكون محتمل الوجود بعد العقد .

وكذلك نصت المادة ١٣٢ على أنه « اذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره ، والا كان العقد باطلا . — يكفى أن يكون المحل معينا بنوعه فقط اذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . . . » ، فيستفاد من ذلك أن المبيع يجب أن يكون معينا أو قابلا التعيين .

ونصت المادة ١٣٥ على أنه « اذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا » . وبتطبيق نصها على عقد البيع يبين أن المبيع يجب أن يكون مشروعا أى مما يجوز التعامل فيه .

وأخيراً يؤخذ من نص المادة ٢٠٤ التى تقرر أن « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئاً معينا بالذات يملكه الملتزم . . . » ، أنه يجب فى البيوع التى يقصد بها أن تنقل الملكية بذاتها أى بمجرد الايجاب والقبول أن يكون المبيع مملوكا للبائع .

وعلى ذلك تكون الشروط الواجب توافرها فى المبيع أربعة ، هى : (١) أن يكون موجوداً أو قابلا للوجود ، (٢) أن يكون معينا أو قابلا

التعيين ، (٣) أن يكون مما يجوز التعامل فيه ، (٤) أن يكون مملوكا للبائع اذا كان البيع من البيوع الناقلة للملكية بذاتها ، والا فلا يلزم هذا الشرط الأخير .

وقد كان التقنين الملغى ينص فى باب البيع على شرطين آخرين استلهمهما من الشريعة الاسلامية وهما أن يكون المبيع متقوما وأن يكون مقدور التسليم بحسب طبعه (المادة ٢٥٩ / ٣٢٦) . غير أن المشرع لم ير النص عليهما فى التقنين الحالى ، ولعله اكتفى فى ذلك بحكم القواعد العامة التى تقضى بأن يكون المبيع مما يجوز التبايع فيه(١) .

المطلب الأول

شرط وجود المبيع

٦٩ — وجود المبيع وقت العقد والفروض المختلفة فى شأنه — قد يوجد المبيع قبل العقد ويستمر وجوده الى حين ابرام العقد والى ما بعد ذلك. وهذا أبسط الفروض ، ولا نزاع فى أن العقد ينعقد فيه ويبقى قائما .

وقد يوجد المبيع قبل العقد ووقت انعقاده ثم ينعدم كله أو بعضه بعد ذلك . ولا شك فى أن ذلك يكفى لاعتبار شرط وجود المبيع متوافرا ، فينعقد العقد صحيحا . وغاية الأمر أنه قد يترتب على هلاك المبيع التالى لانعقاد البيع فسخ العقد أو نقص الثمن ، أو لا يترتب عليه شىء من ذلك اذا وقع الهلاك بعد تسليم المبيع الى المشترى .

واذا وجد المبيع قبل العقد ثم انعدم كله أو بعضه وقت العقد ، اقتضى الأمر الفصل فيما اذا كان البيع قد انعقد أو لم ينعقد وتحديد مركز كل من الطرفين فى ضوء ذلك .

(١) أنظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى ، فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٠ و ١١ .

واذا لم يوجد المبيع قبل العقد ولا وقت ابرامه وكان قابلا للوجود بعد ذلك ، تعين البحث فيما اذا كان احتمال وجـــوده فى المستقبل يكفى لانعقاد البيع أو لا يكفى .

وسنعرض فيما يلى لهذين الفرضين الأخيرين فقط ، فنتناول حكم هلاك المبيع وقت العقد ثم حكم بيع الأموال المستقبلة .

§ — ١ — هلاك المبيع وقت العقد

٧٠ — **هلاك المبيع كله وقت العقد** — لا محل للبحث فى هلاك المبيع الا اذا كان المبيع قيميا أى معينا بالذات ، لأن المثليات لا تهلك اذ يحل بعضها محل بعض .

فاذا تعاقد البائع والمشترى على بيع مال معين بذاته كان موجوداً ثم تبينا فيما بعد أنه كان قد هلك كله قبل العقد ، فلا شك فى أن البيع لم ينعقد بينهما لانعدام محله ، ويستوى فى ذلك أن يكون الهلاك ماديا كما فى بيع جواد نفق أو ثوب احترق أو طعام حمض ، أو يكون قانونيا كما فى بيع دين تم وفاؤه أو حق انتفاع انقضى أو اجارة انتهت مدتها .

ويستوى فى ذلك أيضا أن يكون انعدام المبيع وقت العقد مجهولا من الطرفين أو معلوما لهما أو لأحدهما . على أنه اذا كان الهلاك مجهولا من الطرفين فلا يكون لأحدهما مطالبة الآخر بتعويض . وكذلك اذا كان الهلاك معلوماً لديهما ، ولو أن هذه الحالة الأخيرة غير متصورة عملا . أما اذا كان الهلاك معلوماً للبائع دون المشترى ، ألزم الأول بتعويض الثانى عن الضرر الذى أصابه بسبب بطلان البيع على أساس الخطأ فى تكوين العقد أو على أساس المسئولية التقصيرية باعتبار أن البائع الذى يعلم وقت العقد بانعدام المبيع وبطلان البيع يكون مخطئاً فى ترك المشترى يعتقد أنه انما يعقد عقداً صحيحا ينقل اليه ملكية المبيع .

واذا كان الهلاك معلوماً للمشترى دون البائع ، فلا مسئولية على البائع لأنه حسن النية ، ولا على المشترى لأنه ليس مكلفاً الاحاطة بحال المبيع وتنبيه مالكه اليها فلا يكون مسئولا الا اذا ارتكب خطأ بأن قصد خداع البائع وحمله على التعويل على الثمن الذى يستحقه بموجب هذا البيع الباطل فأصاب البائع ضرر بسبب ذلك . واذا كان المشترى مع علمه بانعدام المبيع وقت العقد قد وفى الثمن المتفق عليه ، فلا يجوز له استرداده لأنه دفعه عالماً بعدم استحقاقه فلا يسترده الا اذا كان وقت دفعه ناقص الأهلية أو أكره على الوفاء (المادة ١٨١ فقرة ثانية) .

ويعتبر المبيع منعدما وقت العقد اذا كان وجوده فى ذلك الوقت معلقا على شرط ثم تخلف الشرط ، كحق المشترى بثمن مؤجل أو مقسط اذا كانت ملكيته معلقة على شرط وفائه الثمن جميعه فى ميعاد معين . فاذا باع هذا المشترى بدوره الى آخر هذه الملكية المعلقة على شرط ، ثم عجز هو عن وفاء الثمن الذى اشترى به ، انعدم حق ملكيته الذى كان معلقا على شرط وصار كأن لم يكن وتعين اعتبار محل البيع الصادر من ذلك المشترى منعدما وقت عقد هذا البيع ، وبالتالى اعتبار هذا البيع غير منعقد أو باطلا بطلانا مطلقاً . أما اذا باع هذا المشترى ذلك المال على أنه مملوك له ملكا باتا ثم تخلف الشرط الذى كانت ملكيته معلقة عليه ، فيطبق عليه حكم بيع ملك الغير أى أنه يكون منتجا أثاره فيما عدا نقل ملكية المبيع ، ولكن يكون للمشترى حق ابطاله .

وكذلك اذا كان للبيع وجود تام فى الظاهر غير معلق على شرط ، ولكن حدث بعد ذلك حادث ترتب عليه اعتبار هذا الوجود كأن لم يكن ، كما فى بيع الوارث الظاهر نصيبه فى التركة ثم ظهور الوارث الحقيقى بعد ذلك ، فان الأصل فى ذلك أن يعتبر النصيب المبيع منعدما وقت العقد وأن لا ينعقد البيع أو يكون باطلا بطلاناً مطلقاً . أما ان ورد البيع على مال معين مما خص الوارث الظاهر فى التركة ، كان حكمه حكم بيع ملك الغير ، وكذلك بيع

الوارث المحتمل حقوقه فى التركة المستقبلة كلها أو بعضها يقع باطلا. أما بيعه أحد الأطيان التى يملكها مورثه ، فانه يأخذ حكم بيع ملك الغير .

٧١ — تطبيق ذلك على بيع أسهم الشركات التى حكم ببطلانها بعد البيع — وقد طبقت محكمة استئناف باريس ذلك على بيع أسهم فى شركات تقرر بعد البيع بطلانها ، فقالت ان القضاء ببطلان الشركة يجعلها كأن لم تكن ويجعل أسهمها لا وجود قانونى لها . واذن يكون البيع الذى ورد على هذه الأسهم قبل الحكم ببطلان الشركة وارداً على محل معدوم ، وبالتالى يعتبر باطلا بطلانا مطلقاً . وكان يترتب على ذلك ابطال جميع البيوع المتتالية التى جرت فى شأن كل سهم من أسهم الشركة التى تقرر بطلانها(١) . فهالت هذه النتيجة محكمة النقض الفرنسية وحملتها على البحث عن مخرج منها ، فاهتدت الى نظرية الوجود المادى للشركات الباطلة أو نظرية الشركات التى لها وجود واقعى société de fait وقررت بناء عليها أن الحكم ببطلان شركة ما لا ينفى أنها قد وجدت فعلا فى الواقع وأن أسهمها كذلك قد وجدت ، فيكون البيع الذى ورد على هذه الأسهم صحيحاً لأنه قد ورد على مال له وجود فعلى وقت العقد(٢) . ولم تستثن من ذلك الا حالة بطلان الشركة لانعدام محلها أو لعدم مشروعيته ، اذ اعتبرت البطلان فى هذه الحالة مانعا حتى من ذلك الوجود الواقعى للشركة والتعامل فى أسهمها وارداً على محل معدوم أصلا وبالتالى باطلا بطلاناً مطلقاً(٣) .

ولا شك فى أن رأى محكمة النقض يحقق المصلحة فى استقرار المعاملات،

---

(١) فى هـذا المعنى ليون كان ورينو وأميو فى شرح القانون التجارى ج ٢ ط ٥ نبذة ٧٨٧ .

(٢) نقض فرنسى عرائض ٩ نوفبر ١٨٩٢ دالوز ١٨٩٣ — ١ — ٧٣ ، وأيضاً ٧ ديسمبر ١٩٢٠ سيرى ١٩٢١ — ١ — ١٦٠ .

(٣) نقض فرنسى مدنى ٣٠ يوليه ١٩١٢ سيرى ١٩١٣ — ١ — ١٣٩ .

ولكنه ثقيل الوطأة على المشترين الأخيرين لأسهم الشركات التى تقرر بعد ذلك بطلانها . غير أنه مما يخفف عن هؤلاء المشترين أنه يجوز لهم الرجوع على البائعين اليهم بدعوى ضمان العيوب الخفية اذا لم يكن ظاهراً فى وثائق الأسهم ما ينبىء عن السبب الذى أدى الى الحكم ببطلان الشركة ولم يكن هذا السبب معلوما لهم من أى طريق آخر(١) .

٧٢ — *هلاك بعض المبيع وقت العقد* — أما اذا كان المبيع وقت العقد قد هلك بعضه وبقى البعض الآخر ، جاز التساؤل عما اذا كان العقد فى هذه الحالة ينعقد اعتمادا على الباقى أو لا ينعقد تغليبا لما انعدم .

وظاهر أن وجود جزء من المبيع يكفى لأن يرد عليه العقد اذ لا يكون واردا على معدوم كما فى حالة الهلاك الكلى ، غير أن العدالة تقتضى فى هذه الحالة أن لا يلزم المشترى بثمن الكل بل يخفض له من الثمن بقدر ما هلك من المبيع ، وألا يجبر على تفرقة الصفقة وعلى أخذ الجزء الباقى من المبيع اذا كان هذا الباقى لا يصلح للغرض الذى من أجله تعاقد على شراء المبيع كله . ولذلك نصت المادة ١٦٠١ فقرة ثانية مدنى فرنسى على أنه اذا هلك بعض المبيع فقط كان المشترى بالخيار بين ترك البيع أو أخذ الباقى من المبيع فى مقابل ما يوازيه من الثمن .

وقد ذهب الشراح الى أن المشترى لا يكون له هذا الخيار الا اذا كان وقت العقد لم يعلم بوقوع الهلاك الجزئى ، ثم اختلفوا فى مدى الخيار ، فقال بعضهم انه مطلق يثبت للمشترى أيا كانت نسبة ما هلك الى ما بقى بحيث تتعين اقالته من البيع متى طلب ذلك ولا يكون للمحكمة تقدير . ولكن الراجح أنه مقيد بأن يكون الهلاك الجزئى قد بلغ حدا يجعل الباقى من المبيع لا يحقق

---

(١) بيدان ج ١١ ط ٢ نبذة ٧٦ ص ٥٤ ، نقض فرنسى مدنى ٣ يونيه ١٨٨٥ سيرى ١٨٨٥ — ١ — ٢٥٩ .

الغرض الذى توخاه المشترى من الشراء ، فان وجدت المحكمة أن الهلاك قد بلغ هذا الحد أجابت طلب الاقالة ، والا رفضته حتى لاتمكن المشترى من أن يتعلل بهلاك تافه للخلاص من صفقة ندم على عقدها . وحينئذ يتعين عليها أن تخفض الثمن المتفق عليه بنسبة ما هلك من المبيع ما لم يكن الهلاك من التفاهة بحيث لايبرر التخفيض . ولا يجوز أن تقدر المحكمة ثمن الباقى وحده دون نظر الى الثمن المسمى فى العقد .

ولم يورد المشرع المصرى مقابلا لنص المادة ١٦٠١ فقرة ثانية مدنى فرنسى ، ولكن حكمها لا يعدو أن يكون تطبيقا للقواعد العامة ويمكن الأخذ به دون نص . ذلك أن سبب التزام المشترى بالثمن المسمى هو التزام البائع بتسلمه المبيع كله ، فلا يقوم الالتزام الأول دون الثانى ، والفرض أن الثانى مستحيل بسبب الهلاك الجزئى فلا ينعقد العقد، أو يقع باطلا بطلانا مطلقا . غير أنه يمكن قصر البيع على الباقى من المبيع اذا قبل الطرفان ذلك ويفرض فى البائع قبوله ولا يسمح له بالرفض لأنه لاضرر عليه من تجزئة الثمن . أما المشترى فيفرض فيه القبول مالم يثبت أن الباقى من المبيع دون هلاك لا يحقق غرضه من الشراء أى أنه ما كان يقبل الشراء لو علم بما حدث من هلاك (قارن المادة ١٤٣) .

ومؤدى قصر العقد على الباقى من المبيع دون هلاك أن يأخذ المشترى هذا الباقى بما يقابله من الثمن فقط وأن يرفع عنه ما يقابل الجزء الذى هلك . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه اذا ثبت أن جزءا من الأرض المبيعة كان قد سبق صدور مرسوم بنزع ملكيته للمنفعة العامة ، تعين على البائع أن يرد الى المشترى مايقابل هذ الجزء من الثمن الذى قبضه[1].

واذا شمل البيع أشياء مختلفة وهلك بعضها دون بعض ، فلا يجوز للمشترى أن يطلب اقالته من الصفقة كلها بناء على ماتقدم الا اذا أثبت

(١) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر ١٩٣٨ (٥١ ص ٧٢) .

أنه قد روعى فيها عند العقد ارتباط هذه الأشياء بعضها ببعض واعتبارها غير قابلة للتجزئة. فاذا لم يقم الدليل على ذلك ، اعتبر كل من هذه الأشياء مبيعا على حدة ، وبطلت البيوع المتعلقة بالأشياء التى هلكت ، وانعقدت الأخرى وبقيت صحيحة . ويعتبر تحديد ثمن واحد لجميع الأشياء المبيعة جملة قرينة على النظر اليها باعتبارها غير قابلة للتجزئة ، ولكنها قرينة قابلة لاثبات العكس .

واذا لم تتوافر هذه القرينة جازت اقامة الدليل بكافة الطرق على عدم قابليه المبيعات للتجزئة .

§ ٢ — بيع الأموال المستقبلة

٧٣ — تاريخ المسألة — فى القانون الفرنسى نصت المادة ١١٣٠ مدنى فرنسى فى باب الالتزامات على أن « الأشياء المستقبلة يجوز أن تكون محلا للتعهدات[١] » ، ولم تستثن من ذلك الا التركات المستقبلة . فتعتبر القاعدة فى القانون الفرنسى جواز بيع الأموال المستقبلة والاستثناء عدم جواز بيع

---

(١) ويرى الشراح الفرنسيون أن هذا النص يقرر مبدأ عاما كان مسلما فى ظل القانون القديم ولم يكن يحتاج الى النص عليه . وانما رأى واضعو التقنين أن ينصوا عليه تمهيداً للنص على الاستثناء الوارد عليه والخاص بالتركات المستقبلة . انظر Verdier فى كتابه Les droits éventuels p. 3,

وأيضاً رسالة ريجيس جيرار Régis Girard المقدمة لجامعة ليون سنة ١٩٣٩ Les actes de disposition relatifs aux situations juridiques futures en droit français et en droit allemand : Les droits éventuels وخاصة ص ١٣٠ .

ويقول بلانيول وريبير واسمان (فى المطول ج ٦ نبذة ٢٢٣) انه لايوجد أى سبب يحول دون صلاحية الشىء المستقبل الذى لم يوجد بعد وقت التعاقد لأن يكون محلا لالتزام ناشىء من العقد طالما أنه لايراد بهذا التعهد نقل ملكية ذلك الشىء فور التعاقد . . . وأنه لابد لامكان ابطال مثل هذا التعهد من الاستناد فى ذلك اما الى عدم تعيين محل الالتزام ، واما الى مخالفة التعامل فى هذا المحل للنظام العام كما هو الشأن فى تحريم التعامل فى التركات المستقبلة .

التركة المستقبلة أو أى حق فيها . غير أن التمييز بين مايعتبر مالا مستقبلا يصلح محلا للتعاقد وما يعتبر معدوما لايصلح لذلك ليس بالأمر الهين خاصة فيما يتعلق بالحقوق الشخصية créances ،وقد تشددت المحاكم الفرنسية فيمايتعلق بهذه الحقوق، ففرقت بين حالات انعدام الحق أصلا néant matériel وحالات الحقوق المستقبلة droits futurs وأجازت التعامل فى الحالات الأخيرة دون الأولى ، واشترطت لاعتبار الحق حقا مستقبلا تجوز حوالته اما أن يكون هذا الحق قد بدأ وجوده qu'it ait déjà un commencement d'existence واما أن يكون قد وجد العمل القانونى الذى يصلح أساسا لهذا الحق[١]
ou qu'un acte juridique serve de fondement ou de germe à la créance future,

فقضت مثلا بجواز بيع المنفعة التى تعود على شخص من تأمين لما يعقد[٢]، أو بيع أسهم شركة قبل أن يتم اصدارها[٣] ، أو حوالة أجرة لما تستحق[٤]، أو حوالة الشريك فى الشيوع نصيبه فى الثمن الذى ينتج من بيع العقار الشائع بالمزاد لعدم امكان قسمته[٥] . وقد أقرها الشراح على ذلك[٦].

ويفرق الشراح فى فرنسا بين نوعين من بيع الأموال المستقبلة ، الأول يجازف فيه المشترى فى وجود المبيع نفسه ، فيكون البيع فى الواقع واردا

(١) انظر جيرار السابق الاشارة اليه ص ١٣٠ ، فردييه فى الحقوق المحتملة ص ٣٥ نبذة ٣٩ .

والغرض من هذا التشدد تحصين المدينين والدائنين ضد ميلهم الى المضاربة على الحقوق المستقبلة أو الى الاستهانة بها (انظر بلانيول وريبير واسمان المطول جزء ٦ نبذة ٢٢٣) .

(٢) استئناف مونبليه ١٩ مارس ١٩٠١ سيرى ١٩٠٥-٢-٥٧ .

(٣) عرائض ٦ يوليه ١٨٨٧ سيرى ١٨٨٧-١-٢٩٤ .

(٤) ديموج فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٠٥ ص ٧٣٠ .

(٥) نقض فرنسى ٢٦ مايو ١٨٨٦ سيرى ١٨٨٦-١-٢٥٦ .

(٦) بلانيول وريبير واسمان ج٦ نبذة ٢٢٣ ، بلانيول وريبير وبولانجية ج٢ ص ٦٢١ نبذة ١٩٢٢ ، ديموج فى المجلة الفصلية المرجع السابق .

على الأمل فى وجود المبيع أو على الحظ ، كبيع أوراق اليانصيب وبيع الصياد ضربة شبكته ، ويعتبر بيعاً احتمالياً بحتاً entièrement aléatoire أى من عقود الغرر أو المضاربة. والثانى يجازف فيه المشترى فى مقدار المبيع وكميته فقط لا فى وجوده ذاته كبيع المحصول الذى سينتج من أرض معينة فى موسم محدد. وهو يعتبر واردا لا على مجرد الأمل فى وجود المحصول بل على المحصول الذى سيوجد فعلا أيا كان مقداره فتكون المضاربة أو المجازفة فيه أقل منها فى النوع الأول .

ويعتبر البيع فى كلتا الحالتين صحيحا ، وان اختلف حكمه على الوجه الذى سنفصله عند الكلام فى القانون المصرى الحالى .

وفى الشريعة الاسلامية ورد فى المادة ٣٠٤ من مرشد الحيران أنه « لا يصح أن يكون الشىء المعدوم الذى سيوجد فى المستقبل محلا لعقد المعاوضة الا فى السلم بشرائطه » . ويبين من هذا النص أن الأصل فى الشريعة الاسلامية عدم جواز التعامل فى المال المستقبل وأن الاستثناء جوازه .

غير أن بعض الفقهاء الحديثين لاحظوا أن السلم ليس الاستثناء الوحيد من هذا الأصل ، وان الشىء الذى سيوجد فى المستقبل يصلح أن يكون محلا لعقود الاجارة والاستصناع وما شابهها ، ورأوا أن كثرة العقود المستثناة من هذا الأصل تقوم مانعاً فى اعتباره أصلا ، وأن علة التحريم فى الواقع ليست العدم ، بل الغرر بسبب عدم القدرة على التسليم ، فاذا انتفت العلة لم يوجد الحكم ، فتجوز الاجارة والمساقاة وبيع الثمر قبل بدو صلاحه لعدم الغرر فى ذلك ، ولا يجوز بيع البعير الشارد ، وان كان موجوداً ، لوجود الغرر فى بيعه (الأستاذ على الخفيف والأستاذ أبو زهرة) .

وعلى ذلك يميز هؤلاء الفقهاء بين نوعين من العقود : الأول تقتضى طبيعته بحسب شرعه أن يكون محله موجوداً عند التعاقد ، فيكون وجود محله شرطاً

فى انعقاده ، لأن عدم وجود المحل حينئذ مخالف لطبيعة العقد وشرعه ،وما شرع كذلك الا لدفع نزاع أو تجنب غرر . ومن هذا القبيل عقد البيع . والنوع الثانى لا تقتضى طبيعته وشرعه وجود محله وقت التعاقد ،كما فى العقد على المنافع من اجارة ومزارعه ومساقاة ، وكما فى عقد السلم وعقد الاستصناع وما الى ذلك ، فلا يشترط وجود المحل حينئذ ، وانما يشترط امكان وجوده فى المستقبل .

وبهذا يعلل هؤلاء الفقهاء ما ورد بشأن عقد البيع فى كتاب مرشد الحيران من أن « بيع المعدوم باطل فلا يجوز بيع الثمر قبل ظهوره ولا بيع الزرع قبل نباته ولا بيع الحمل » (المادة ٣٨٣) ، ومن أن « الثمار التى ظهرت وانعقدت يجوز بيعها وهى على شجرها سواء كانت صالحة للأكل أم لا » (المادة ٣٨٤) .

وعند وضع التقنين المدنى المختلط وجد المشرع المختلط فى سنة ١٨٧٥ نفسه أمام قاعدتين على طرفى نقيض فيما يتعلق بجواز التعامل فى الأموال المستقبلة أو عدمه ، قاعدة القانون الفرنسى وهى تجيز هذا التعامل ،وقاعدة الشريعة الاسلامية وهى تحرمه . وكان يتعين عليه أن يختار بينهما . ولكنه لم يصرح بشىء فى هذا الشأن واقتصر على ايراد بعض النصوص التى تحرم التعامل فى أنواع معينة من الأموال المستقبلة . فنص فى المادة ٣٣٠ من التقنين المدنى المختلط على أن بيع أثمار الشجر قبل انعقادها والزرع قبل نباته باطل ونص فى المادة ٣٣٢ على أن « بيع الحقوق فى تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه » .

ازاء هذين النصين جاز التساؤل عما اذا كان المشرع المختلط قد قصد بذلك اعتماد قاعدة القانون الفرنسى الذى كان يسير على منواله بوجه عام وأورد النصين المشار اليهما على سبيل الاستثناء من هذه القاعدة ، أم قصد

احتمال قاعدة الشريعة الاسلامية التى كانت قبل صدور التقنينات المختلطة الشريعة العامة فى مصر وأورد النصين المذكورين باعتبارهما تطبيقاً لتلك القاعدة . وكان مما يرجح هذا الاحتمال الأخير رغبة المشرع المختلط البادية فى الأخذ بأحكام الشريعة الاسلامية فى مواضع كثيرة مراعاة منه لما ألفته البلاد سنين طويلة من جهة، ونقله نص المادة ٣٣٠ مدنى مختلط من المادة ٣٨٣ من مرشد الحيران من جهة أخرى .

ولكن مصلحة مصر باعتبارها بلداً زراعياً جرى أكثر الزراع فيها على التصرف بالبيع فى محصولاتهم قبل نضجها بل أحياناً قبل ظهورها رجحت كفة قاعدة القانون الفرنسى التى تجعل الأصل جواز التعامل فى الأموال التى لم توجد بعد ، فقضت المحاكم المختلطة بأن التقنين المدنى ليس فيه نص يقضى بتحريم بيع الأموال المستقبلة بوجه عام وأن احكام المادتين ٣٣٠ و٣٣٢ تعتبر احكاما استثنائية ويلزم تفسيرها تفسيراً ضيقاً وتطبيقها بدقة .

وفيما يتعلق بنص المادة ٣٣٠ بحثت هذه المحاكم علة الاستثناء الوارد فيها رغبة منها فى قصر تطبيقه على الأحوال التى تتوافر فيها هذه العلة ، ورجعت فى ذلك الى أصله التاريخى فى الشريعة الاسلامية . ولما تبينت أن علة تحريم هذه الشريعة التعامل فى الأموال المستقبلة ما ينطوى عليه هذا التعامل من غرر ، قصرت تطبيق المادة ٣٣٠ على أحوال البيع التى يكون فيها غرر ، فطبقتها على بيع المحصولات والثمار المستقبلة اذا كان المقصود به الزام المشترى بالثمن بقطع النظر عن تحقق وجود المحصول أو الثمار أو عدم تحققه ، أو كان المقصود به الزام المشترى بثمن محدد جزافا فى العقد بقطع النظر عن جودة المحصول أو رداءته وكثرته أو قلته ، واعتبرتها غير منطبقة على الأحوال التى يلزم فيها المشترى بثمن يقدر بسعر الوحدة بحيث يتناسب الثمن مع مقدار المحصول ، لأن البيع فى هذه الأحوال لا يكون فيه غرر . . .

وقد ساعد هذا التفسير على تفادى المضار التى تنشأ عن تحريم بيع المحصولات المستقبلة بوجه عام ، وسمح بوجه خاص باجازة التعامل فى محصول القطن قبل ظهوره اذا كان هذا التعامل على أساس سعر الوحدة خلافا لما يقضى به ظاهر النص .

ورغبة منها فى زيادة التضييق فى تطبيق نص المادة ٣٣٠ ذهبت المحاكم المختلطة الى أن بيع المحصولات المستقبلة الذى يقع تحت طائلة البطلان المقرر بهذا النص لا يكون باطلا بطلانا مطلقا بل بطلانا نسبيا فقط لمصلحة البائع وحده ، فلا يجوز للمشترى أن يتمسك به . وظاهر أن قضاءها بذلك لا يتفق مع القواعد العامة التى تجعل البطلان الذى يترتب على انعدام المحل أو على عدم توافر أى شرط من شروطه الأساسية بطلانا مطلقا ، فوق أنه يصدم العدالة بحماية البائع وحده مع أن المشترى معرض للغرر ذاته وجدير بمثل هذه الحماية اذ يحتمل أن تسوء حال المحصول فيلزم بالثمن المسمى كاملا .

وعند وضع التقنين الأهلى فى سنة ١٨٨٣ كانت قد ظهرت مضار النص الذى تضمنته المادة ٣٣٠ مختلط ومحاولات القضاء المختلط للتخفيف منها ، فآثر المشرع الوطنى عدم النص على ما يقابل حكمها ، واقتصر على النص فى المادة ٢٦٣ مدنى أهلى على تحريم بيع التركات المستقبلة . وقد اتبع المشرع ذلك أيضاً فى التقنين المدنى الحالى .

٧٤ - حكم التقنين المدنى الحالى فى بيع الأموال المستقبلة : (أ) القاعدة — نصت المادة ١٣١ مدنى على أنه « يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلا ـ غير أن التعامل فى تركة انسان على قيد الحياة باطل ، ولو كان برضاه ، الا فى الأحوال التى نص عليها فى القانون » .

وقد تضمن هذا النص قاعدة عامة واستثناء واحداً من هذه القاعدة .

أما القاعدة فهى جواز التعامل فى الأموال المستقبلة أياكان نوع التعامل وأيا كان المال المستقبل ، وبناء على ذلك يجوز بيع المال الذى لم يوجد بعد مادام محتمل الوجود كبيع السلع التى لم يتم صنعها وبيع المحصول قبل ظهوره أو حتى قبل زرعه(١) وبيع البناء قبل اقامته وبيع المؤلف قبل تمامه أو حتى قبل البدء فيه وبيع ورقة اليانصيب أو ضربة الشبكة .

غير أن بيع الأموال المستقبلة يختلف بحسب قصد العاقدين منه ، وله ثلاث صور ، الأولى بيع المال المستقبل بسعر الوحدة منه ، والثانية بيع المال المستقبل بثمن مقدر جملة ولكن بشرط تحقق وجود ذلك المال فى المستقبل ، والثالثة بيعه بثمن مسمى يلتزم به المشترى بقطع النظر عن تحقق وجود المبيع مستقبلا أو عدمه(٢).

والصورة الأولى هى التى أجازت فيها المحاكم المختلطة البيع بالرغم من التحريم الذى كانت تنص عليه المادة ٣٣٠ مختلط ، كبيع محصول القطن الذى سينتج من أرض معينة فى موسم محدد بسعر ٥٠ ريالا للقنطار . ويكون البيع فيها محدد القيمة بعيداً عن الغرر(٣) . وتكييفه أنه بيع منشىء فقط التزاما بنقل ملكية المبيع ومعلق على شرط واقف هو تحقق وجود المبيع

---

(١) انظر فيما يتعلق ببيع محصول قطن المستقبل مقدراً بمقدار معين تحت العجز والزيادة بسعر معين ودفع الثمن مقدما على أن تصير المحاسبة على الزيادة أو العجز فى المحصول على أساس سعر اقفال البورصة فى تواريخ مختلفة محددة ، واعتبار ذلك بيع مال مستقبل جائزاً قانوناً طبقاً للمادة ١٣١ مدنى ، نقض مدنى ١٢ نوفمبر ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ — ٦٤١ — ٩٧ .

(٢) ويتميز بيع الأموال المستقبلة فى الصورتين الأخيرتين عن البيع الجزاف بأن المبيع فى هذا البيع الأخير يكون موجودا فعلا وقت التعاقد ، وغاية الأمر انه حصل بيعه بالثمن المسمى دون تعيين قدره أى دون تعيين عدده أو وزنه أو كيله اذا كان مما يعد أو يوزن أو يكال . أما بيع الاشياء المستقبلة فلا يكون المبيع فيه موجودا وقت العقد بل يكفى أن يكون قابلا للوجود فيما بعد (فى هذا المعنى نقض مدنى ١٨ يناير ١٩٤٨ المحاماة ٣٠ — ١٣٢٢ — ٥٣٤) .

(٣) استئناف مصر ١٨ أبريل ١٩٤٨ المجموعة ٥٠ رقم ١١٧ .

فى المستقبل . فاذا تحقق وجوده كله أو بعضه أنتج العقد آثاره ـ بما فى ذلك الالتزام بنقل الملكية ـ بالنسبة الى القدر الذى تحقق وجوده مستندة الى وقت انعقاده ، ولكن انتقال الملكية الى المشترى لا يتم من وقت نشوء الالتزام به نشوءا مستندا الى تاريخ العقد ، بل من وقت تحقق وجود المبيع فحسب[١] .

واذا لم يوجد المبيع ، كما اذا هلك المحصول بآفة سماوية أو غرق أو غزو ، تخلف الشرط الواقف وترتب على تخلفه اعتبار البيع كأن لم يكن ، فيتحلل البائع من التزامه ولا يجب على المشترى شىء من الثمن ولا يجوز له مطالبة البائع بأى تعويض. على أنه اذا كان تحقق وجود المبيع فى المستقبل يقتضى عملا يقوم به البائع ، وجب فى حالة تخلفه ألا يكون ذلك راجعاً الى تقصير البائع فى القيام بهذا العمل ، والا وجب عليه تعويض المشترى عن تسببه فى عدم وجود المبيع ، كما اذا باع المزارع محصولا مستقبلا ثم امتنع عن الزرع .

والصورة الثانية يكون فيها الثمن معيناً جملة ويتجه فيها قصد العاقدين الى تعليق البيع على شرط وجود المبيع فى المستقبل كبيع ناتج الفحم الرجوع الذى ينتج من قاطرات سكة الحديد فى مدة مستقبلة ومنطقة معينة. وظاهر أن البيع فى هذه الصورة ينطوى على قدر من الغرر محدود لأن المشترى فيه يجازف فى قدر المبيع وكميته فقط لا فى ذات وجوده . وتكييفه كما فى الصورة السابقة أنه بيع معلق على شرط واقف هو تشغيل السكك الحديدية بالفحم فى الفترة والمنطقة المعينتين ووجود فحم رجوع منها . فاذا استمر تشغيل السكك الحديدية على الوجه المطلوب ، تحقق الشرط الواقف ولزم

---

(١) واذا اتفق الطرفان على أن ينشأ التزام المشترى بالثمن مستحق الأداء من قبل تحقق وجود المبيع ، كان العقد منشئا التزاما بنقل ملكية المبيع عند تحقق وجوده ومقترنا بشرط فاسخ هو امتناع وجود المبيع نهائيا فى وقت معين ، فيجوز للبائع مطالبة المشترى بالثمن من وقت العقد مالم يحدد له أجل ، على أن يرده اليه اذا لم يتحقق وجود المبيع. والمعول عليه فى الأخذ بهذا التكييف أو ذاك ما اتجهت اليه ارادة العاقدين .

البيع الطرفين ووجب على المشترى الثمن المسمى أيا كان مقدار الفحم الرجوع الناتج فى الفترة والمنطقة المتفق عليهما . أما اذا تخلف الشرط بأن بطل تسيير السكك الحديدية فى الفترة والمنطقة المتفق عليهما أو استعمل فى تسييرها المازوت بدلا من الفحم فلم يتحقق وجود فحم رجوع ، صار العقد كأن لم يكن . فاذا كان البائع قد التزم بالعمل على ايجاد المبيع وكان تخلف المبيع راجعاً الى تقصيره ، وجب عليه أن يعوض المشترى .

والصورة الثالثة يجازف فيها المشترى فى وجود المبيع نفسه كبيع أوراق اليانصيب وبيع الصياد ضربة شبكته ، فيكون المبيع فى هذه الحالة هو مجرد الأمل فى الربح أو فى الصيد ، فينعقد البيع منجزا ويلزم المشترى بالثمن المسمى سواء تحقق هذا الأمل أو لم يتحقق ، أى سواء وجد الربح أو الصيد أو لم يوجد(١) .

ويشترط فى ذلك أن يكون تحقق الأمل فى المبيع أو عدم تحققه متروكا لظروف لا دخل لأحد العاقدين فيها(٢)، والا فان من يتسبب منهما فى عدم تحقق هذا الأمل يسأل عن ذلك قبل الطرف الآخر . فاذا امتنع الصياد

---

(١) وقد نظرت محكمة النقض الى الصورتين الثانية والثالثة فقط وهما اللتان تشتركان مع البيع الجزاف فى أن الثمن يكون فيهما محددا جلة أى بثمن مسمى لايتغير بتغير قدر المبيع، فقالت بعد التمييز بين البيع الجزاف وبيع الأموال المستقبلة ان هذا البيع الأخير نوعان الأول يجازف فيه المشترى فى وجود المبيع نفسه وهو مايسمى بيع غرر كبيع أوراق اليانصيب أو بيع الصياد ضربة شبكته ، والثانى يجازف فيه المشترى فى قدر المبيع وكميته فقط كشراء الفحم الذى ينتج من قاطرات السكة الحديدية فى مدة مستقبلة ومنطقة معينة . وحكم النوع الأول أنه ينعقد منجزاً ويجب على المشترى أداء الثمن مهما كانت النتيجة ، وجد المبيع أو لم يوجد . وحكم النوع الثانى أن يكون معلقا على شرط واقف هو وجود المبيع فى المستقبل . فاذا وجد المبيع فان العقد ينعقد بين الطرفين بقطع النظر عن مقداره وكميته ويجب على المشترى أداء الثمن واذا لم يوجد المبيع فى المستقبل لم ينعقد بين الطرفين بيع لفقد أحد أركانه . وفى هذه الحالة لايجب على المشترى أداء الثمن (نقض ١٨ يناير ١٩٤٨ المحاماة ٣٠ — ١٣٢٢ — ٥٣٤) .

(٢) فى هذا المعنى نقض ١٨ يناير ١٩٤٨ المشار اليه فى الهامش السابق .

مثلا عن رمى الشبكة، جاز لمن تعاقد معه الامتناع عن دفع الثمن أو استرداده ان كان قد دفعه ، وكان له أيضاً أن يطالب بتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر . وكذلك اذا امتنع منظم أوراق اليانصيب ـ وهو بائعها الأول ـ عن اجراء السحب .

أما اذا اتفق الصياد على أن يمكن المشترى من رمى الشبكة بنفسه وامتنع المشترى عن رميها بدون مبرر استحق الصياد الثمن المتفق عليه .

وظاهر أن هذا البيع بيع غرر. ومع ذلك فهو صحيح وفقاً للتقنين المدنى المصرى وسائر القوانين الحديثة .

وللتمييز بين الصورتين الثانية والثالثة، أى صورة البيع المعلق على شرط وجود المبيع وبيع مجرد الأمل ، يجب الرجوع أولا الى شروط العاقدين والنزول على حكمهما فيها . فاذا أغفلا بيان قصدهما فيها وجب استخلاص نيتهما من مقدار الثمن فى العقد . فاذا كان الثمن معادلا لقيمة المبيع أو قريباً منها ، وجب اعتبار العقد معلقاً على شرط وجود المبيع . أما اذا كان الثمن قليلا وانقطعت النسبة بينه وبين قيمة المبيع ، فالراجح أن العقد احتمالى . ومع ذلك اذا قامت الشبهة فى استجلاء نوع العقد ، وجب على القاضى ترجيح اعتباره معلقاً على شرط وجود المبيع. وذلك لأن العرف قد جرى بأن المشترى لا يجازف فى وجود المبيع نفسه ، وبأنه انما يبذل الثمن فى مقابل شىء محقق ، ولهذا يجمع الشراح على أن بيع الحظ أو الغرر هو الاستثناء .

ويلاحظ أنه لا يترتب على بيع المال المستقبل انتقال ملكية هذا المال فور التعاقد الى المشترى كما هو الشأن فى بيع المال الحاضر ، لاستحالة ذلك قانونا ، ولأن قصد الطرفين لا يمكن أن يكون قد اتجه اليه بصفة جدية ، بل ان كل ما يترتب عليه هو نشوء التزام فى ذمة البائع بنقل ملكية المال

المستقبل المذكور اذا ما تحقق وجوده، فلا يكون للمشترى قبل تحقق وجود المال المبيع سوى حق فى تملك ذلك المال عند تحققه، فالعقد لا يخوله ملكية ذلك المال قبل وجوده بل هو لا يخوله حقاً شخصيا بالزام البائع بنقل هذه الملكية اليه ، وانما يخوله فقط أن يتربص بالمال المبيع حتى اذا ما تحقق وجوده ملكه بقوة القانون ودون حاجة الى أى عمل من جانب البائع(١) وهذا ما يسميه الفقه الحديث بالحق التمهيدى droit éventuel أو الحق المنشىء أو الحق الترخيصى droit formateur (٢) .

٧٥ — (ب) الاستثناء : *تحريم بيع التركة المستقبلة* - التركة هى مجموعة ما يتركه الانسان عند موته من حقوق وديون . ولا يعتبر للتركة وجود الا من وقت موت صاحبها . أما قبل ذلك فهى تركة مستقبلة .

ويرجع تاريخ تحريم بيع التركة المستقبلة الى عهد القانون الرومانى . فقد كان هذا القانون يحرم كل تعامل فى التركة المستقبلة لا بيعها فحسب ، باعتبار هذا التعامل مخالفاً للآداب وللنظام العام . أما مخالفته للآداب فلأنه ينطوى على مضاربة على حياة المورث . وأما مخالفته للنظام العام فلأنه يغرى المتصرف اليه بالتعجيل بموت المورث . غير أن الرومان اعتبروا أن المورث خير من يقدر وجود الخطر على حياته من وراء هذا التعامل ، فاذا أقر التصرف أو اشترك فيه ، كان ذلك دليلا على انتفاء الخطر ولم يكن ثمة محل لاعتبار التصرف مخالفاً للنظام العام ، بل ان اقراره اياه أو اشتراكه فيه

---

(١) مالم يكن المبيع قدراً معيناً من شىء مثلى فيحتاج الى فرزه بعد تحقق ذلك الشىء. واذا كان تحقق وجود الشىء يقتضى أن يقوم البائع بعمل معين لا يوجد الشىء بدونه ، فان العقد يلزم البائع بهذا العمل ويخول المشترى أن يطالبه بتنفيذ هذا العمل وأن يسأله عن اخلاله بهذا الالتزام .

(٢) انظر Verdier ص ٣٧ ، جيرار ص ١٥٨ حيث يقول « Le disposant veut seulement accorder à son co-contractant une situation privilégiée d'attente » .

يجعل مضاربة المتصرف اليه غير مخالفة للآداب . ولذلك أجازوا التعامل فى التركة المستقبلة برضا المورث .

أما القانون الفرنسى وسائر القوانين الحديثة ، فقد اعتبرت بيع التركات المستقبلة غير جائز ليس لما ينطوى عليه من خطر على حياة المورث أو من مضاربة على حياته فحسب ، بل أيضاً لأنه يسهل وقوع الوارث المحتمل فريسةفى أيدى المرابين الجشعين الذين ينصبون شباكهم للشباب فيمدونهم بالمال يقضون به شهواتهم وفى مقابل ذلك يستكتبونهم بيع حقهم فى الميراث كله أو بعضه ، أى أنها اعتبرت أن تحريم بيع التركة المستقبلة ليس مقرراً لمصلحة المورث فحسب بل لمصلحة الوارث أيضاً . ولذلك لم تكتف بالتحريم كما ورد فى القانون الرومانى ، بل شددت فيه وعممته . ونص المشرع الفرنسى فى المادة ١٦٠٠ من التقنين المدنى على أنه « لا يجوز بيع تركة شخص على قيد الحياة ولو برضاه » . ونص المشرع المصرى على مثل ذلك فى المادة ٢٦٣ / ٣٢٢ مدنى قديم ، أى أنهما جعلا بيع التركة المستقبلة باطلا ولو تم برضا المورث .

وقدفكر واضعو مشروع تنقيح القانون المدنى فى نبذ هذا التشديد فى العودة الى حكم القانون الرومانى لاباحة بعض أنواع من التصرفات التى ترد على التركة المستقبلة كاتفاق الورثة فى حياة مورثهم وبموافقته على قسمة أمواله بينهم بعد وفاته ، تفاديا لنشوب خلاف بينهم على القسمة لو أرادوا اجراءها بعد موته . ولذلك نصوا فى المادة ١٨٢من المشروع التمهيدى على أن التعامل فى تركة انسان على قيد الحياة باطل الا أن يكون برضاه وبورقة رسمية . ولكن لجنة المراجعة لم تقر هذا التعديل وآثرت العودة الى النص القديم .

ولذا نصت المادة ١٣١ فقرة ثانية مدنى على أن « التعامل فى تركة انسان على قيد الحياة باطل ، ولو كان برضاه ، الا فى الأحوال التى نص عليها فى القانون » ، وقصدت بالأحوال المستثناة التى نص عليها القانون حالة

قسمة المورث تركته بين ورثته المنصوص عليهافى المواد ٩٠٨ وما بعدها .

وبناء على ذلك يكون بيع التركة المستقبلة باطلا ، سواء ورد على كل التركة أو على نصيب فيها أو على مال معين باعتباره عنصراً منها ، وسواء صدر البيع من المورث نفسه أو من وارث محتمل ، وسواء فى هذه الحالة الأخيرة أن يكون البيع الى وارث محتمل آخر أو الى أجنبى عن التركة .

فاذا باع المورث جميع تركته بما فى ذلك أمواله وديونه الحاضرة والمستقبلة ، وقع باطلا لأن محله تركة مستقبلة . أما اذا باع جميع أمواله وديونه الحاضرة ، كان البيع صحيحاً بشرط ألا يضاف الى مابعد الموت لأن محله تركة . واذا باع الوارث المحتمل الى وارث آخر أو الى أجنبى الدار التى سيرثها من أبيه ، كان البيع باطلا لأنه وارد على عين داخلة فى تركة مستقبلة . أما اذا باع الدار ذاتها على زعم أنها مملوكة له ، سرى على البيع حكم بيع ملك الغير لا حكم بيع التركة المستقبلة . والفرق بين الحكمين كبير كما سيأتى بعد .

وقد ربطت محكمة النقض بين تحريم بيع التركة المستقبلة وبين قواعد الميراث . فقررت أن قواعد الميراث متعلقة بالنظام العام وأن كل تصرف يقصد به التحايل على هذه القواعد يقع باطلا بطلاناً مطلقاً ، وأن تحريم التعامل فى التركات المستقبلة يأتى نتيجة لهذا الأصل ، فلا يجوز التعامل بين وارث محتمل فى تركة مستقبلة وبين شخص أجنبى عن هذه التركة بأن يبيع الوارث للأجنبى نصيبه فى التركة أو يتنازل له عنه ، ولا بين وارث محتمل ووارث محتمل آخر ، ولا بين المورث نفسه ووارث محتمل له أو أجنبى عنه كأن يتفق المورث على أن يعطى وارثه نصيبا من التركة أكبر أو أقل من نصيبه الشرعى ، أو أن يجعل الأجنبى وارثا له بغير أن يقوم به سبب

شرعى من أسباب الأرث عند استحقاق هـذا الارث . وبالجملة لايجوز قبل وفاة انسان معين الاتفاق على شيء يمس بحق الارث عـنه ، سواء من جهة ايجاد ورثة غير من لهم الميراث شرعاً ، أو من جهة النقص أو الزيادة فى حصصهم الشرعية ، أو من جهة التصرف فى حق الارث قبـل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه اياه ، فان جميع هذه الاتفاقات وماشابهها يخالف النظام العـام[١] .

المطلب الثانى

تعيين المبيع

٧٦ – *طريقة تعيين المبيع* – يجب أن يكون المبيع معيناً حتى يرد عليه الاتفاق، لأنه اذا كان غير معين استحال ورود الاتفاق عليه ، الا اذا كان قابلا للتعيين ، فحينئذ يعتبر فى حكم المعين[٢] .

وتعين حقوق الملكية الأدبية أو الفنية أو الصناعية بالشيء غير المادى الذى تتعلق به . وتعين الحقوق الشخصية بمحلها وبشخص الدائن وشخص المدين . أما الحقوق العينية ، وبخاصة حق الملكية ، فتعين بالشيء الذى ترد عليه . والأشياء من حيث طريقة تعينها نوعان : أشياء معينة بالذات أو قيمية ، وأشياء مثلية وهى التى تعين بغير الذات .

---

(١) نقض ١٤ يونيه ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية ١ — ٤٤٩ — ١٩٩ . وقد جاء فى هذا الحـكم أيضاً أنه « اذا حررت زوجة لزوجها عقد بيع لجميع أملاكها على أن تمتلـكها اذا ماتت قبله ، وحرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتتملك هى ماله فى حالة وفاته قبلها ، فان التـكييف الصحيح الواضح لتصرفهما هذا انه تبادل منفعة معلق الخطر والغرر وانه اتفاق مقصود به حرمان ورثة كل منهما من حقوقه الشرعية فى الميراث ، فهو اتفاق باطل . أما التبرع المحض الذى هو قوام الوصية وعمادها فلا وجود له فيه . ويشبه هذا التصرف ان يكون من قبيل ولاء الموالاة ، ولـكن فى غير موطنه المشروع هو فيه مادام لـكل من المتاقدين ورثة آخرون ، بل هو من قبيل الرقبى المحرمة شرعاً » .

(٢) نقض مدنى ٨ نوفبر ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ — ٢٦ — ٥ .

٧٧ — **تعيين الأشياء القيمية** ـ الأشياء القيمية أو الأعيان المعينة بذاتها choses non-fongibles ou corps certains هي التي يتميز كل منها عن غيره بصفات خاصة تعينه تعيينا ذاتيا يجعل غيره لايقوم مقامه فى الوفاء كالعقارات بوجه عام والمخطوطات الأصلية وكل شيء ينظر فيه الى وصف ذاتي يميزه عن غيره كحصان معين بالذات وسيارة معينة بعلامة مصنعها ورقم صنعها .

ولا بد من تعيين هذه الأشياء فى عقد البيع بصفاتها المميزة تعييناً كافياً يحول دون الخلط بينها وبين غيرها ، فتعين الأرض المبيعة مثلا بذكر الناحية والحوض ورقم القطعة أو بيان حدودها ، فيغنى ذكر رقمها عن بيان حدودها[١] والعكس أيضاً صحيح وان كانت مصلحة الشهر العقارى تشترط فى صلاحية العقد للتسجيل أن تذكر فيه جميع البيانات من أرقام وحدود .

٧٨ — **تعيين الأشياء المثلية** — والأشياء المثلية choses fongibles ou choses de genre هي التي يوجد لها نظير من جنسها مساو أو مقارب لها فى القيمة بحيث يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء (المادة ٨٥) ، كالذهب والفضة والقمح والشعير والأقلام والكراسات التى من نوع واحد والكتب المطبوعة من طبعة واحدة . ويجب أن تعين فى عقد البيع بذكر نوعها وبيان مقدارها بالعدد أو الوزن أو الكيل أو المقاس ، كمائة أردب من القمح الهندى وعشرة دراهم من الفضة ومائة قنطار من القطن . وقد يذكر المقدار بوجه التقريب ، فيسمح ذلك بشيء من التجاوز زيادة أو نقصا ، على أن لايبلغ هذا التجاوز حداً كبيراً كثلاثين فى المائة مثلا[٢] .

---

(١) استئناف مصر ٢٨ فبراير ١٩٢٢ المحاماة ٢ — ٣٨٦ — ١٢٢ .
(٢) استئناف مختلط ٢٤ ابريل ١٩٣٥ المحاماة ١٦ـ٩٨٧ـ٤٥٧ .

ويكفي أن تعين هذه الأشياء بنوعها فقط اذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقدارها كبيع عدد من الكتب بقدر عدد طلبة فرقة معينة ، فان عدد الكتب المبيعة اذا لم يكن معينا فهو على الأقل قابل للتعيين عند ضبط عدد الطلبة فى تلك الفرقة .

واذا كانت الأشياء المثلية تتفاوت فيما بينها من حيث الجودة ، وجب أن تعين درجة جودة المبيع . غير أنه لا يشترط أن يعين الطرفان هذه الدرجة صراحة ، ويمكن استنباطها من ظروف التعاقد أو بالرجوع الى العرف ، والا فيفرض أنهما قصدا أن يكون المبيع من درجة متوسطة (المادة ١٣٣ فقرة ثانية) .

ويحدث كثيراً أن تعين درجة جودة المبيع بنموذج أو « عينة » يتفق عليها الطرفان وتسلم عند التعاقد الى أحدهما أو الى شخص عدل ، فتتحدد بهذه العينة درجة الجودة ويلزم تسليم المبيع من صنف مطابق للعينة ، والا كان البائع مخلا بالتزامه[1] . ويجدر بالعاقدين فى هذه الحالة تمييز العينة بعلامة خاصة تعين ذاتيتها منعا للمجادلة فيها . فاذا لم يفعلا ، وقع على عاتق من يتمسك بعينة أن يثبت أنها هى التى تم الاتفاق عليها واذا فقدت العينة أو هلكت دون خطأ من أحد ، فان كانت قد أودعت لدى المشترى وادعى هذا أن المبيع غير مطابق للعينة ، كان عليه هو أن يثبت صحة ادعائه .

---

(١) انظر حكما لقاضى الأمور المستعجلة بمحكمة مصر الابتدائية بتاريخ ١٨ نوفبر ١٩٤٢ المجموعة ٤٣ـ٤٠٥ـ٢٢٤ جاء فيه أن البيع على العينة كالبيع على التجربة مفروض فيه دائما أنه بيع معلق على شرط وهو مطابقة البضاعة المبيعة للعينة المتفق عليها . ومتى كان الأمر كذلك فان التسليم لا يمكن أن يتم قانونا الا بعد أن يتحقق المشترى من مطابقة البضاعة المصدرة للعينة ومن ثم يجب اعتبار التسليم واقعا فى محل اقامة المشترى .

ويلاحظ على عبارة هذا الحكم أنه من الخطأ القول بأن البيع بالعينة معلق على شرط كالبيع بالتجربة ، لأن البيع بالعينة بيع بات ، اذ الغرض من تحديد العينة هو تعين درجة المبيع من الجودة ليلتزم البائع بتسليم القدر المبيع من هذه الدرجة ،فمطابقة القدر واجب التسليم للعينة هى شرط لصحة التسليم لا لتحقق آثار البيع .

وان كانت قد أودعت لدى البائع وادعى المشترى عدم مطابقة المبيع للعينة ، كان على البائع ان يثبت مطابقتها[١] .

ويلاحظ أن الأشياء المثلية اذا عينت بظروف من الزمان أو المكان ، قام ذلك مقام تعيين مقدارها ، بل كان من شأنه أن يجعلها فى حكم المعينة بالذات كما فى بيع الثمار الموجودة فى سلة معينة أو القطن الذى سينتج من أرض محدودة فى موسم معين وهذا هو البيع الجزاف Vente en bloc ، ويستوى فى ذلك أن يكون الثمن محدداً لهاجملة أو محدداً بسعر الوحدة. ويتميز البيع الجزاف عن بيع المثليات بالوزن أو العدد أو الكيل أو المقاس بأنه ينقل الملكية بمجرد اتفاق العاقدين دون توقف على تعيين المبيع من طريق الوزن أو العدد أو الكيل أو المقاس وبأنه فى حالة هلاك المبيع بعد اعذار المشترى لتسلمه يكون الهلاك على المشترى اذا كان البيع جزافا ، وعلى البائع ان كان بالوزن أو الكيل أو العدد أو المقاس[٢] .

المطلب الثالث

أن يكون المبيع مما يجوز التعامل فيه

٧٩ — *تقسيم الأشياء من حيث جواز التعامل فيها أو عدمه* — تنص المادة ٨١ مدنى على أن « كل شىء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية » .

ويبين من هذا النص أن الأشياء نوعان : أشياء خارجة عن التعامل ، وأخرى ليست خارجة عنه .

---

(١) انظر السنهورى فى الوسيط جـ٤ ص ٢٣٩ نبذة ١٢٧، البدراوى ص ١٦٢ نبذة ١٠٠ ، لبيب شنب ص ٧٥.

(٢) انظر السنهورى فى الوسيط جـ٤ نبذة ١٢٠ و ١٢١ .

وقد اعتبر المشرع أن الأصل فى الأشياء جواز التعامل فيها والاستثناء عدم جوازه ، واكتفى بتعريف الأشياء الخارجة عن التعامل فى المادة ٨١ فقرة ثانية واعتبر ما عداها جائزاً التعامل فيه .

والأشياء التى تخرج عن التعامل نوعان : أشياء تخرج عن التعامل بطبيعتها وهى التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وأشياء تخرج عن التعامل بحكم القانون وهى التى لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية (المادة ٨١ فقرة ٢).

٨٠ — **الأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها** — والأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها أى التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، هى الأشياء المشتركة res communes أى التى يشترك فى الانتفاع بها جميع الناس بحيث لا يحول انتفاع أحدهم بها دون أن ينتفع بها غيره كالهواء والماء الجارى وأشعة الشمس .

غير أنه يلاحظ أنه اذا كانت هذه الأشياء لا يمكن الاستئثار بها فى مجموعها فانه من الممكن الاستيلاء على مقادير محدودة منها للانتفاع بها فى أغراض صناعية أو غيرها كالهواء المضغوط وحقن ماء البحر والماء الذى تستولى عليه البلديات وشركات المياه وتنقيه وتوزعه للشرب، فتصبح هذه المقادير مملوكة لمن استولى عليها وتصبح بهذا الوصف أموالا يجوز التعامل فيها .

وتختلف الأشياء المشتركة عن الأشياء المباحة فى أن الأولى يمكن الانتفاع بها دون الاستئثار بها أو تملكها . أما الثانية فلا يمكن الانتفاع بها دون تملكها ولكنها لم يتملكها أحد بعد ، كالطير فى الهواء والسمك فى البحر والأشياء القديمة التى تخلى عنها أصحابها .

٨١ — **الأشياء التى تخرج عن التعامل بحكم القانون** — والأشياء التى تخرج عن التعامل بحكم القانون هى أولا الأشياء التى ورد بشأنها نص خاص

يمنع التعامل فيها كالأموال العامة والأعيان الموقوفة والتركات المستقبلة والحيوانات الموبوءة والحشيش والأفيون والجواهر السامة . ولا يؤثر فى هذا الوصف اجازة نوع معين من التعامل فى هذه الأشياء كبيع الحشيش والأفيون والجواهر السامة لأغراض طبية .

ويخرج عن التعامل بحكم القانون أيضا الأشياء التى يعتبر التعامل فيها مخالفاً النظام العام أو الآداب ولو لم ينص القانون على اعتبارها خارجة عن التعامل ، لأن المادة ١٣٥ من التقنين المدنى قد نصت على أنه اذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا . ومقتضى بطلان العقد لهذا السبب اعتبار المعقود عليه خارجا عن التعامل ، ومن هذا القبيل أعضاء الانسان وبيوت القمار . . . الخ . فان القانون يعتبر هذه الأشياء خارجة عن التعامل ولو لم يوجد نص خاص يقضى بذلك .

٨٢ — *بيان ما لا يجوز بيعه* — تقدم أن محل البيع لا بد أن يكون حقاً ماليا سواء كان حقا عينيا أو شخصياً[١] أو أدبيا . فلا يجوز بيع الحقوق غير المالية ، ولا الأشياء التى لا تصلح محلا للحقوق المالية ، بل ان بعض الحقوق المالية نص المشرع على عدم جواز بيعها .

٨٣ — (أ) *الحقوق غير المالية* — لا يجوز بيع الحقوق غير المالية لأنها ليست أموالا وبالتالى لا يصح التعامل فيها .

---

(١) وقد نظم القانون بيع الحقوق الشخصية تحت عنوان حوالة الحق فى المواد من ٣٠٣ الى ٣١٤ الواردة فى الباب الرابع من الكتاب الأول الخاص بالالتزامات بوجه عام . ولكن هذه النصوص لا تمنع من تطبيق أحكام عقد البيع على حوالة الحق فيما لا يتعارض معها . وقد قضت بذلك محكمة استئناف مصر فى ٣١ مارس ١٩٣٩ حيث قررت أن لبائع الحق الشخصى أو المحيل حق حبس المبيع اذا لم يكن قد سلمه ، وليس له أن يسترده لحبسه اذا كان قد سلمه (المجموعة ٣٠ — رقم ١٢٧) .

واذن فلا يجوز بيع الحقوق السياسية كحق الانتخاب وحق الترشيح فى الانتخابات وحق حمل الرتب والنياشين ، وحق تولى الوظائف العامة ، ولا الحقوق العامة كحق الحرية الشخصية وحرية الرأى وحرية العمل وحق الانسان فى اسمه ، ولا حقوق الأسرة كالولاية وحق النسب والسلطة الزوجية .

وهذه الحقوق لا يجوز بيعها ولا التعامل فيها بأى عقد من العقود التى تشبه البيع فى نتيجتها ، فكما لا يجوز مثلا بيع الوظيفة أو الرتبة أو النيشان لا يجوز أيضا الاتفاق على أن يسعى أحد العاقدين لحصول العاقد الآخر على وظيفة أو رتبة أو نيشان فى مقابل مبلغ من المال ، ولا الاتفاق مع موظف على أن يستقيل من وظيفته فى مقابل جعل معين تمهيداً لشغلها بآخر.

٨٤ — (ب) **الأشياء الخارجة عن التعامل** ـ تقدم أن الأشياء الخارجة عن التعامل ، سواء أكان خروجها عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون ، لا يجوز أن تكون محلا للحقوق المالية ، فهى اذن بالتالى لا يجوز بيعها .

٨٥ — (ج) **بعض الحقوق المالية** ـ ولا يكفى أن يكون الشىء غير خارج عن التعامل وأن يترتب عليه حق مالى معين حتى يجوز بيعه ، اذ أن القانون قد اعتبر بعض الحقوق المالية متصلة بشخص الانسان بحيث لا يجوز انفصالها عنه وبالتالى لا يجوز بيعها .

من ذلك حق الاستعمال وحق السكنى اذ نص القانون المدنى فى المادة ٧٩٩ منه على عدم جواز النزول عنهما للغير الا بناء على شرط صحيح أو مبرر قوى .

وكذلك النفقات والمرتبات والمعاشات اذ هى حقوق مالية اعتبرها

المشرع لازمة ليعيش منها أصحابها ، فقضى بعدم جوز النزول عنها الى الغير وبالتالى لا يجوز بيعها .

وهناك حقوق تؤول الى أصحابها مقترنة بشرط منعهم من التصرف فيها اطلاقا أو منعهم على الأقل من بيعها . وقد نص القانون فى المادة ٨٢٣ منه على الشروط الواجب توافرها لصحة هذا المنع ، وهى أن يقصد بالمنع من التصرف تحقيق مصلحة مشروعة وأن يقصر على مدة معقولة .

ومتى كان المنع صحيحا لم يجز بيع هذه الحقوق . ومن هذا القبيل ، عدا حقوق الملكية التى توهب أو يوصى بها بشرط المنع من التصرف ، تذاكر الاشتراك فى وسائل المواصلات وتذاكر الاياب فى السكك الحديدية وعينات الأدوية التى توزع على الأطباء مجانا والتذاكر المجانية أو المخفضة التى تخول الدخول فى المسارح والأندية متى كانت ممنوحة لأشخاص معينين بصفتهم الشخصية .

٨٦ — *حكم بيع التاجر وأرباب المهن الحرة صلتهم بعملائهم* — ينص القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها فى المادة الأولى منه على أنه « يجب أن يحدد فى عقد البيع ثمن مقومات المحل التجارى غير المادية والمهمات والبضائع كل منها على حدة» . وقد بينت المذكرة الايضاحية لهذا القانون أن مقومات المحل التجارى غير المادية هى العنوان والاسم التجارى والحق فى الاجارة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والرخص وبراءات الاختراع ... الخ . ويؤخذ من ذلك أن صلة المحل التجارى بعملائه يرد عليها البيع . ولكن يلاحظ أنه لا يرد عليها الا تبعا للمحل التجارى باعتبارها من مقوماته غير المادية ولا يجوز بيعها مستقلة .

ويمكن القول قياسا على ذلك ان أرباب المهن الحرة كالأطباء والمحامين والمهندسين يجوز لهم اذا باعوا عياداتهم أو مكاتبهم أن يدخلوا فى البيع

صلتهم بعملائهم[1] . غير أن القضاء الفرنسى قد تردد فى الأخذ بذلك ، فذهب أول الأمر الى وجوب التفرقة بين المتاجر وأرباب المهن الحرة ، لأن عملاء الأخيرين انما يختارونهم بناء على ثقة فى أشخاصهم فلا يجوز تحويل هذه الثقة الى أشخاص آخرين . ولكن لوحظ على ذلك أن عملاء المتاجر أيضا يضعون ثقتهم فى أصحاب هذه المتاجر فلا يجوز للتجار النزول عن هذه الثقة الى غيرهم واذن لايكون ثمة محل للتفرقة بين عملاء المتاجر وعملاء أرباب المهن الحرة ، وبناء على ذلك عدل القضاء عن هذه التفرقة واعتبر بيع الطبيب عيادته شاملا صلته بعملائه وملزما اياه بالامتناع عن أى عمل من شأنه تحويل عملائه عن تلك العيادة .

والواقع انه لايمكن القول بأن التاجر أو الطبيب أو المحامى اذا باع متجره أو عيادته أو مكتبه يبيع معها عملاءه لأن العملاء ليسوا محل حق ملكية له أو لغيره، ولا يستطيع أن يلزمهم بالتعامل مع غيره . وغاية الأمر أن وجود عملاء كثيرين للتاجر أو الطبيب أو المحامى يعتبر من المزايا التى تزيد فى قيمة المتجر أو العيادة أو المكتب ، فاذا باع التاجر متجره أو الطبيب عيادته ضمن المشترى انتفاعه بجميع مزايا المتجر أو العيادة وامتنع عليه أن يقوم بأى عمل من شأنه أن ينقص انتفاعه بهذه المزايا ، فلا يجوز له أن يفتتح متجراً آخر أو عيادة أخرى اذا كان من شأن ذلك أن يحفظ له صلته بعملائه السابقين وأن يحولهم عن متجره الأول أو عيادته السابقة، لأن ذلك يعتبر تعرضا منه للمشترى فى انتفاعه بالمبيع ، ولأنه باعتباره بائعاً يكون ملتزما بضمان التعرض ، ومن كان عليه الضمان لايجوز له التعرض .

فالصلة بالعملاء تدخل فى البيع لا باعتبارها حقاً قائماً بذاته، بل باعتبارها

---

(١) أنظر ديبور L. Dubourg فى رسالته La eession de clintéle médicale باريس ١٩٤٥ Bardul, Jacques, Les médecins dans leurs rapports juridiques avcc les cliniques, thèse, Paris 1950 .

مزية من مزايا المبيع يضمنها البائع فلا يجوز له القيام بأى عمل من شأنه أن يفوت هذه المزية على المشترى .

وقد قضت محكمة النقض بأن ضمان البائع المترتب على بيع المتجر يلزم البائع بعدم التعرض للمشترى فى انتفاعه بالمتجر وبالامتناع عن كل عمل يكون من شأنه الانتقاص من هذا الانتفاع ، مما يتفرع عنه أن الالتزام بعدم المنافسة فى شتى صوره ، ومنها حظر التعامل مع العملاء ، لا يكون باطلا الا اذا تضمن تحريم الاتجار كلية على البائع لأنه يكون فى هذه الحالة مخالفا لمبدأ حرية التجارة وحرية العمل وهما من النظام العام . أما اذا كان الشرط محددا من حيث الموضوع ومن حيث الزمان أو المكان وكان التحديد معقولا ، وهو مايدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ، فانه يكون صحيحا[1] .

المطلب الرابع

ملكية المبيع للبائع

٨٧ — *النص على هذا الشرط وحكمته* — نصت المادة ٤٦٦ فقرة أولى على أنه « اذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشترى أن يطلب ابطال البيع ... » ويبين منها أنه لابد فى بيع الشىء المعين بالذات أن يكون المبيع ملكا للبائع وقت العقد . وظاهر أن هذا الشرط اقتضته طبيعة البيع من حيث انه عقد ناقل للملك بذاته . فقد تقدم أن القانون المصرى ، شأنه فى ذلك شأن أغلب الشرائع الحديثة ، قد جعل الالتزام بنقل حق عينى يتم تنفيذه بمجرد نشوئه ، أى أن العقد الذى ينشىء التزاما بنقل حق عينى يترتب عليه بمجرد انعقاده انتقال هذا الحق ، ثم طبق ذلك على عقد البيع ، فجعله ينقل ملكية المبيع من البائع الى المشترى بمجرد انعقاده دون حاجة الى أى اجراء آخر .

---

(١) نقض مدنى ٧ يونيه ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ — ٧٦٤ — ١١٤ ، وفى هذا المعنى أيضا نقض مدنى ٨ مارس ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ — ٢٩١ — ٤٢ .

فاذا كان البائع غير مالك المبيع وقت عقد البيع ، استحال انتقال الملكية منه الى المشترى بمجرد العقد ، ولم يتيسر للبيع أن ينتج أهم أثر من آثاره وهو نقل الملكية . ولذلك قضى المشرع ببطلان البيع فى هذه الحالة[1] .

وسنعود فيما بعد الى دراسة هذا البطلان وبيان أحكامه دراسة مفصلة عند عرض الأحكام الخاصة ببيع ملك الغير .

٨٨ — الأحوال التى تشترط فيها ملكية المبيع للبائع — اشترط النص ملكية المبيع للبائع فى حالة بيع الشىء المعين بالذات ، والمقصود بذلك — كما تقدم — حالة بيع حق الملكية المترتب على شىء معين بالذات أو بيع أى حق عينى آخر وارد على شىء معين بالذات . وظاهر أنه فى هذه الحالة الأخيرة ليس المقصود أن يكون الشىء مملوكا للبائع بل يكفى أن يكون الحق العينى المرتب على الشىء ثابتا للبائع على شىء مملوك لغيره[2] .

ويستوى فى ذلك أن يكون المبيع عقاراً أو منقولا ، لأنه اذا كانت الملكية فى بيع العقار لا تنتقل الا بالتسجيل ، فان تأخير انتقالها فيه ليس راجعاً الى طبيعة الأشياء كما فى بيع المثليات ، ولا الى قصد العاقدين كما فى حالة تعليق انتقال الملكية على شرط أو أجل ، بل الى نص القانون . ولا يمنع ذلك من اعتبار العقد بحسب قصد العاقدين منه ناقلا للملك بذاته ، وغاية الأمر أن انتقال الملكية يتراخى فيه الى وقت التسجيل نزولا على ارادة المشرع . ومتى اعتبر العقد ناقلا للملك بذاته ، اشترط فيه أن يكون البائع مالكا المبيع وقت البيع . وقد قررت المادة ٤٦٦ ذاتها المساواة فى حكمها بين بيع العقار وبيع المنقول حيث نصت فى نهاية الفقرة الأولى منها على أن يكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار « سجل العقد أو لم يسجل » .

(١) راجع ماسيجىء فى القسم الثانى من هذا الكتاب عن بيع ملك الغير .
(٢) فى هذا المعنى لبيب شنب نبذة ٤٩ ص ٧٥

ومع أن المقصود بالشيء المعين بالذات فى هذا النص هو الحقوق العينية دون غيرها من الحقوق المالية لأنها هى وحدها الحقوق التى لا ترد الا على أشياء معينة بالذات ، فانه من المسلم أن النص ينطبق أيضاً على بيع الحقوق الشخصية والحقوق الذهنية كالملكية الأدبية والفنية والصناعية وأنه يشترط فى هذا البيع أيضاً أن يكون الحق المبيع داخلا فى ذمة البائع ، وذلك لأن علة اشتراط هذا الشرط فى بيع الحقوق العينية متوافرة أيضاً فى بيع الحقوق المالية الأخرى ، وهى أن البيع ناقل للملك أو للحق المبيع بمجرد توافق الارادتين ، فيتعين أن يكون الحق المبيع ثابتا للبائع حتى يمكن انتقاله منه الى المشترى فور العقد .

٨٩ — الأحوال التي لا يشترط فيها أن يكون المبيع مملوكاً للبائع — لا يشترط أن يكون المبيع مملوكا للبائع فى الأحوال التى لا يشملها نص المادة ٤٦٦ أو لا تتوافر فيها الحكمة التى من أجلها وضع هذا النص .

وقد تقدم أن النص اقتصر على ذكر بيع الأشياء المعينة بالذات وبذلك خرج منه بيع الأشياء المثلية(١) . فلا يشترط اذن فيمن يبيع قمحا أو قطناً أن يكون وقت البيع مالكا مقدار القمح أو القطن الذى يبيعه ، بل ينعقد العقد ويقع صحيحا ولو لم يكن البائع يملك شيئاً من القمح أو القطن . وعلة ذلك واضحة ، فان اشتراط ملكية البائع للبيع فى بيع الأشياء المعينة بالذات اقتضته طبيعة هذا النوع من البيع من حيث هو ناقل للملك بذاته . أما بيع المثليات ، فلأنه ينشيء التزاما بنقل حق عينى على شيء لم يعين الا بنوعه ، لا ينتقل فيه هذا الحق الا بفرز هذا الشيء طبقا للمادة ٢٠٥ فقرة أولى ، وهو اذن ليس بيعاً ناقلا للملك بذاته ، فلا تتوافر فيه حكمة اشتراط ملكية

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ٤ نبذة ١٥٤ ص ٢٧٢ ، البدراوى ص ٥٧٥ .

البائع للمبيع وقت العقد ، ولا يرد عليه حكم البطلان اذا كان البائع لا يملك وقت البيع شيئاً من المبيع ، اذ أن تعهده بنقل حق عيني على مقدار معين من صنف المبيع يتضمن تعهده بالقيام بما يلزم لنقل ملكية هذا المقدار ، أى بفرزه من بقية الصنف اذا كان يملك شيئاً من هذا الصنف أو بشرائه ممن يملك مثله .

على أنه حتى اذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات ، فانه لا يشترط فيه أن يكون مملوكا للبائع اذا قصد العاقدان ألا يترتب على البيع انتقال الملكية فور انعقاده بل مجرد نشوء التزام بنقل الملكية ، اذ أن هذا الالتزام يوجب على البائع اذا لم يكن مالكا المبيع أن يحصل على ملكيته وأن ينقلها الى المشترى، أى ان البيع فى هذه الحالة ـ كما فى الحالة السابقة ـ لا يكون ناقلا للملك بذاته، واذن تنعدم فيه حكمة اشتراط ملكية البائع للمبيع وقت العقد ، ويقع البيع صحيحا ولو لم يكن البائع مالكا المبيع فى ذلك الوقت. ومثل ذلك بيع الأموال المستقبلة سواء كانت معينة بالذات أو معينة بالنوع لأن هذا البيع ليس من نقل الملكية الا عند تحقق وجود المبيع وفرزه أن لم يكن معينا بالذات[١] وكذلك بيع الأموال الحاضرة التى يشترط فيها البائع تأجيل نقل الملكية الى أجل معين[٢] أو تعليقه على تحقق شرط متفق عليه[٣] . ومن باب أولى لا يشترط فى الوعد بالبيع أن يكون الواعد مالكا المال الموعود ببيعه[٤] .

٩٠ ـ ضرورة التمييز فيما يتعلق بهذا الشرط بين نوعين من البيوع — يبين مما تقدم أن البيع نوعان : (١) نوع يقصد به أن ينقل الملكية بذاته ، ويشترط فيه أن يكون البائع مالكا المبيع وقت العقد حتى يمكن أن

(١) السنهورى فى الوسيط جـ٤ نبذة ١٥٤ ص ٢٧٢ .
(٢) نقض مدنى فرنسى ٣١ أكتوبر ١٩٢٨ دالوز الأسبوعى ١٩٢٨ ص ٥٩١ .
(٣) نقض مدنى فرنسى ٢٠ يوليه ١٩٢٥ دالوز الأسبوعى ١٩٢٥ ص ٦٤٩ .
(٤) نقض فرنسى عرائض ١٧ يونيه ١٩٣٨ سيرى ١٩٣٨ ـ ١ ـ ٣٨٦ .

تنتقل الملكية بمجرد اتفاق العاقدين ، (٢) ونوع لايقصد به انتقال الملكية بمجرد الاتفاق ، وهـــذا لايشترط فيه أن يكون البائع مالكا المبيع وقت العقد مادام فى الامكان أن يكسب هـذه الملكية فيما بعد وأن ينفذ التزامه بنقلها الى المشترى .

والنوع الثانى لانزاع فى أنه يقع صحيحا وينتج جميع آثاره ، بما فى ذلك نشوء الالتزام بنقل الملكية ، ولو لم يكن البائع مالكا المبيع .

أما النوع الأول ، فلأنه لايمكن فى حالة عدم ملكية البائع المبيع وقت العقد أن ينتج أهم أثر من آثاره وهو انتقال الملكية بمجرد العقد ، فقد ثار الجدل حول صحته أو عدمها ، ولأنه كثير الوقوع فى العمل اضطرت أكثر الشرائع الى أن تضع له أحكاماً خاصة .

فكثيراً ما يحدث فى العمل أن يبيع الزوج مال زوجته أو الابن مال أبيه أو الأب مال ولده لا بصفته ولياً عليه بل بصفته السخصية ، وكثيراً مايبيع الوارث مال التركة المستغرقة بالدين أو يبيع أحد الورثة أو أحد الشركاء فى الشيوع حصة مفرزة ففى كل هذه الأحوال يكون البيع واردا على مال غير مملوك للبائع وقت العقد . فاذا كان قد قصد به أن ينقل الملك بذاته الى المشترى فور التعاقد كان تحقق هـذا القصد متعذراً واقتضى الأمر تعيين أثره فى صحة البيع أو عدمها وما يترتب على ذلك من نتائج . وقد نصت المادة ٤٦٦ مدنى وما بعدها على أن هذا العقد ينتج جميع آثاره من وقت ابرامه — فيما عـدا نقل ملكية المبيع من البائع إلى المشترى - ولكنه يكون قابلا للابطال بنـاء على طلب المشترى . وسيجىء تفصيل هـــذه الاحكام فى القسم الثانى من هذا الكتاب .

المبحث الثانى

الثمن

٩١ — *تعريف الثمن وشروطه* — عرفت المادة ٤١٨ البيع بأنه عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شىء أو حقاً ماليا آخر فى مقابل ثمن نقدى . ويبين من هذا التعريف أن الثمن مبلغ من النقود يلتزم المشترى بدفعه الى البائع فى مقابل نقل ملكية المبيع اليه . فالثمن اذن ركن فى عقد البيع لاينعقد العقد بدونه ، ويجب أن يكون نقديا .

وقد تقدم فيما يتعلق بركن الرضا أنه يجب أن يكون الطرفان متفقين على طبيعة العقد وعلى المبيع والثمن .

والاتفاق على الثمن يقتضى بطبيعة الحال تعيينه أو على الأقل بيان الأسس التى تؤدى الى تعيينه على وجه لايثير النزاع فى مقداره مستقبلا . فلا بد اذن أن يكون الثمن معيناً فى العقد أو على الأقل قابلا للتعيين فيما بعد .

ولايكفى أن يكون الثمن معيناً بالنقد أو قابلا للتعيين اذا كان ذكره فى العقد لم يقصد به الا الى إظهار البيع بمظهر العقد الذى تتوافر فيه جميع أركانه ، فى حين أن قصد العاقدين الحقيقى قد اتجه الى نقل الملكية دون ثمن ، اذ يكون المعول عليه فى هذه الحال هذا القصد الحقيقى دون القصد الظاهر . فيجب أن يكون الثمن المعين فى العقد ثمناً حقيقياً .

وعلى ذلك يشترط فى الثمن أن يكون (١) نقدياً ، (٢) ومعينا أو قابلا للتعيين ، (٣) وحقيقياً .

٩٢ — الشرط الأول : أن يكون الثمن مبلغا من النقود — يشترط فى الثمن أن يكون نقدياً[١] . فاذا اتفق العاقدان على نقل ملكية مال معين من أحدهما الى الآخر فى مقابل أى عوض غير النقود ، فالعقد لايكون بيعاً ، بل مقايضة أو أى عقد آخر غير البيع[٢] .

فمثلا اذا التزم أحد العاقدين بأن ينقل الى الآخر ملكية دار معينة فى مقابل التزام الثانى أن ينقل اليه ملكية عشرة أفدنة محددة ، كان عقدهما مقايضة لابيعاً . واذا كان التزام الأول نقل ملكية داره فى مقابل التزام الثانى بايواء الأول وتزويده بما يلزمه مدة حياته من طعام وكساء وعلاج، فان العقد لايكون بيعا بل عقداً غير مسمى لأن المقابل ليس ثمناً نقديا بل تعهداً بعمل[٣]. وكذلك اذا نقل شخص ملكية داره الى آخر فى مقابل خدمات سبق أن أداها له المتصرف اليه ، واذا التزم شخص باعطاء سيارته الى آخر فى مقابل دين عليه لذلك الآخر ، فان الاتفاق لايكون بيعا بل وفاء بمقابل . ولكن لأنه وفاء يشبه البيع فى بعض نواحيه ، نصت المادة ٣٥١ على أن تسرى عليه أحكام البيع وبخاصة ماتعلق منها بأهلية العاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية ، كما تسرى عليه من حيث انه يقضى الدين أحكام الوفاء وبخاصة ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات .

ويستوى متى كان الثمن نقدياً أن يكون معجلا أو مؤجلا ، وأن يكون مبلغاً يدفع دفعة واحدة أو مبلغا منجما يدفع أقساطا ، وأن يدفعه المشترى

---

(١) ويلاحظ أنه لايجوز اشتراط دفع الثمن بالذهب أو بما يعادل الذهب ويقع هذا الشرط باطلا (أنظر فى ذلك كتابنا فى شرح القانون المدنى ج ٢ فى الالتزامات سنة ١٩٦٤ نبذة ٨٢٩ وما بعدها) .

(٢) استئناف مصر ٣٠ مايو ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ ـ ٢٣٢ ـ ٨٥

(٣) السنهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٣٦٧ ، كامل مرسى نبذة ٩٥ ، لبيب شنب نبذة ٢٣ ، جميل الشرقاوى ص ١١٧.

الذى يتلق ملكية المبيع أو أن يدفعه غير المشترى لحساب المشترى كالأب اذا اشترى بنقوده مالا على ذمة ولده .

غير أن تكييف العقد بأنه بيع أو غيره يدق فى صور معينة نكتفى بأن نعرض بعضها فيما يلى :

٩٣ — الاتفاق على أن يكون مقابل المبيع مبلغا من النقود ومالا آخر — اذا اتفق العاقدان على أن يبيع أحدهما مائة فدان محددة فى مقابل دار معينة ومبلغ محدد من النقود ، أيعتبر هذا العقد بيعاً أم مقايضة ؟

لو كان تفريق المبيع ممكنا بحيث يتيسر تحديد مايقابل النقود منه ومايقابل المال الآخر ، جاز القول بأن الاتفاق يتضمن عقدين : عقد بيع فى الأول وعقد مقايضة فى الثانى. أما والمفروض عدم امكان تفرقة الصفقة ، فيتعين تغليب أحد التكييفين على الآخر .

وقد اختلف الشراح فى ذلك، فأخذ بعضهم بمعيار شخصى وأخذ البعض الآخر بمعيار موضوعى .

فقال الأولون بوجوب التعويل على نية الطرفين والاستهداء عليها بظروف التعاقد بحيث اذا ثبت أن نيتهما اتجهت الى المقايضة أو الى البيع تعين تكييف العقد وفقا لذلك ، واعتبروا من الظروف التى يمكن الاستهداء بها على نية الطرفين النسبة بين العنصرين اللذين يتكون منهما المقابل وهما مقدار النقود وقيمة المال الآخر .

وقال الآخرون بوجوب التعويل فى ذلك على نسبة النقود الى قيمة ذلك المال الآخر ، فاذا زادت هذه القيمة عن مقدار النقود كان العقد مقايضة ، والا فهو بيع(١) .

وقد آثر واضعو التقنين المدنى الحالى هذا الرأى الأخير واعتبروا أن

---

(١) فى هذا المعنى نقض مدنى ٣٠ مايو ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية ١ — ٨١٤ — ٢٣٧، السنهورى جـ٤ ص ٣٦٥ ، جميل الشرقاوى ص ١١٦ .

الأصل فى مثل هذا الاتفاق أن يعتبر مقايضة بمعدل ، الا اذا كان المعدل هو العنصر الغالب وحينئذ تنقلب المقايضة بيعاً (انظر المادة ٤٨٣ وما ورد بشأنها فى المذكرة الايضاحية من أن النص يجيز أن يكون فى المقايضة معدل من النقود كمعدل القسمة . على أنه يجب أن لا يكون هذا المعدل هو العنصر الغالب ، والا انقلبت المقايضة بيعاً) .

٩٤ — **الاتفاق على أن يكون مقابل المبيع سبائك ذهبية أو أوراقا مالية** — ان من الأموال ما يمكن تحويله بسهولة الى نقود كالسبائك الذهبية والأوراق المالية ، فاذا اتفق العاقدان على أن يكون مقابل المبيع شيئاً من ذلك أيعتبر العقد بيعاً أم مقايضة ؟

ذهب بعض الشراح الى أن العقد يعتبر فى هذه الحالة بيعاً ، وبخاصة اذا كان المقابل فيه ليس مقصوداً لذاته بل للنقود التى يمكن الحصول عليها من طريقه ، كما اذا بعتك سيارتى بخمس سندات من سندات قرض الانتاج أو برطل من الذهب الخالص .

ولكن كثرة الشراح تنكر هذا الرأى وتعتبره مخالفاً لروح التشريع ، لأن العبرة بما تنتقل ملكيته الى البائع بموجب عقد البيع ذاته . فان كان نقوداً كان العقد بيعاً ، وان كان مالا آخر فهو مقايضة مهما سهل تحويل هذا المال الآخر الى نقود(١) .

٩٥ — **الاتفاق على أن يكون مقابل البيع ايرادا مرتبا** — اذا اتفق العاقدان على أن يكون مقابل البيع ايراداً مرتباً دائماً أو مدى الحياة أيعتبر العقد بيعاً أم عقداً آخر ؟

---

(١) السنهورى ج ٤ نبذة ٢٠٤ ص ٣٦٤ ، كامل مرسى نبذة ٩٦ ، منصور نبذة ١٥ ، جميل الشرقاوى ص ١١٦ .

يلاحظ أولا وجود فرق كبير بين الثمن المنجم وبين الايراد المرتب ، فان الثمن المنجم وكل قسط من أقساطه يكون محدداً ، ويستنزل من أصل الثمن كل قسط يتم الوفاء به، وينتقل الحق فى الأقساط الباقية الى ورثة البائع بعد وفاته . أما الايراد المرتب ، فلا يعين مقدار ما يلزم به المتعهد فى جملته ولا يحدد منه الا القسط واجب الأداء فى كل فترة ، وتتجدد أقساطه بتجدد الفترات، وينقضى اذا كان مرتبا مدى الحياة بوفاة صاحب الحق فيه فلا ينتقل من بعده الى ورثته .

ويبين من ذلك أن مقابل البيع فى حالة الايراد المرتب ليس هو الأقساط التى تدفع فى مواعيدها ، بل الحق فى الايراد ذاته وهو لا يتأثر بما يدفع من أقساط . واذن يكون العقد مبادلة حق ملكية بحق فى ايراد ، وبالتالى لا يكون بيعا بل مقايضة(١) .

غير أن الفقه والقضاء قد تجاوزا عن هذا التحليل القانونى الدقيق وأجمعا على اعتبار هذا العقد بيعا لا مقايضة(٢) .

٩٦ — الشرط الثانى : أن يكون الثمن معينا أو قابلا للتعيين — ويجب أن يتفق الطرفان فى عقد البيع على الثمن ، أى أن يعيناه تعيينا كافيا لا يدع مجالا للمنازعة فى مقداره مستقبلا(٣)، والا خلا العقد من أحد أركانه الجوهرية وامتنع انعقاده بسبب ذلك .

والغالب أن يعين الثمن صراحة فى عقد البيع بمبلغ محدود من النقود .

---

(١) فى هذا المعنى بيدان ج ١١ ط ٢ نبذة ١١٣ ص ٨٣ .

(٢) أنظر السنهورى ج ٤ ص ٣٦٦ ، أنور سلطان نبذة ١٣٥ ، جميل الشرقاوى ص ١١٧ ، منصور نبذة ١٥ .

(٣) السنهورى ج ٤ ص ٣٧١ نبذة ٢٠٩ ، ليب شنب نبذة ٢٤ ص ٤٥ .

ولكن قد يكون تعيين الثمن تعيينا ضمنيا . وقد يكتفى فى تعيينه ببيان الأسس التى يقوم عليها حسابه .

والأصل أن للعاقدين حرية مطلقة فى تحديد الثمن ، غير أن المشرع يفرض أحيانا على هذه الحرية قيودا تقتضيها المصلحة العامة .

٩٧ — **بيان الأسس التى يقوم عليها حساب الثمن** — نصت المادة ٤٢٣ فقرة أولى على أنه « يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التى يحدد بمقتضاها فيما بعد » ، وهذا النص يفيد أنه لا يشترط أن يكون الثمن معينا فى العقد وأنه يكفى أن يبين العقد الأسس التى تجعل الثمن قابلا للتعيين فيما بعد . فيجوز الاتفاق على أن يحسب الثمن باضافة ربح معين الى الثمن الذى اشترى به البائع أو الى ثمن « التكلفة » prix de revient أو أن يحسب الثمن على أساس متوسط الأثمان التى باع بها البائع فى يوم أو فى أسبوع معين(١) أو على أساس التسعيرة الرسمية فى تاريخ البيع أو فى تاريخ التسليم ، أو على أساس سعر السوق فى تاريخ معين .

ويشترط فى كل ذلك أن تكون الأسس المبينة بحيث تسمح بتعيين الثمن على وجه لا يثير خلافا أو منازعة ، والا اعتبرت غير كافية لجعل الثمن قابلا للتعيين .

فمثلا اذا اتفق العاقدان على أن ينقل البائع ملكية المبيع الى المشترى فى مقابل قيمته أو فى مقابل ثمنه العادل ، فان ذلك لا يكفى لاعتبار الثمن قابلا

---

(١) ومتى تم تعيين الثمن وانعقد به العقد ، فلا يجوز أن يستقل أحد الطرفين بتعديل الثمن . وقد حكم بأنه اذا اشترطت الحكومة فى عقد بيع عقارات عدم تغيير استعمال هذه العقارات دون اذن منها ، والا ألزم المشترى بدفع مبلغ معين ، فان هذا الشرط يجعل للحكومة حق اعطاء الاذن المذكور أو رفضه ، ولكنه لا يخولها أن تزيد المبلغ المتفق عليه أو أن تفرض شروطا جديدة [استئناف مختلط أول يونيه ١٩٤٣ (٥٥ ص ١٧٦)] .

للتعيين ، لأنه يدع مجالا كبيراً للاختلاف على تقدير الثمن ، وهو يعدل عدم الاتفاق على ثمن ، فلا ينعقد البيع[١] .

وكذلك لا يكفى الاتفاق على أن يكون الثمن هو ما يقبل أن يشترى به أى شخص آخر ، لأن ذلك يفتح باب الغش والتواطؤ مع الغير على أن يتقدموا للشراء بسعر صورى مرتفع حتى يصير هذا السعر ملزماً المشترى[٢]. واذا كان مثل هـذا الشرط جائزاً فى الوعد بالتفضيل ، فلأن هـذا الوعد لا يفيد الموعود له بل يخوله الحق فى أن يقبل الشراء بالثمن الذى يعرض غيره أن يشترى به أو لا يقبل . ويجوز أن يعتبر عقد البيع الذى يرد فيه مثل هذا الاتفاق على الثمن مجرد وعد بالتفضيل .

واذا اتفق على أن يترك تحديد الثمن لأحد العاقدين ، فان كان المقصود أن يكون ذلك العاقد حراً فى تحديد الثمن أو عدم تحديده وفى المبلغ الذى يحدده ، فان هذا الاتفاق لا يكفى ولا ينعقد به العقد لأنه يعلق العقد وما ينشأ عنه من التزامات على محض مشيئة ذلك العاقد . أما اذا كان المقصود به أن يتولى ذلك العاقد تحديد الثمن دون ابطاء وأن يكون تحديده اياه على أساس عادل بحيث لو أبطأ أو خالف العدالة جاز للطرف الآخر الالتجاء الى القضاء لتحديد الثمن ، كان ذلك كافياً لاعتبار الثمن قابلا التعيين ، ولا يعتبر هذا الشرط ارادياً محضاً مادام يجوز التغلب على ارادة العاقد بالالتجاء الى المحكمة[٣] (قارن المادة ١٨٥ من المشروع التمهيدى ومذكرتها الايضاحية).

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٣٧٠ ، جميل الشرقاوى ص ١١٨ ، لبيب شنب نبذة ٢٤ ص ٤٥ .

(٢) السنهورى ص ٣٧٠ هامش ٤ ، جميل الشرقاوى ص ١١٨ .

(٣) عكس ذلك السنهورى جـ ٤ ص ٣٧٠ هامش ١ ، جميل الشرقاوى ص ١١٨ ، منصور نبذة ٢٩ .

ومن أهم الاتفاقات التى تجعل الثمن قابلا التعيين الاتفاق على البيع بسعر السوق والاتفاق على أن يتولى أجنبي عن العقد معين بذاته تحديد الثمن .

٩٨ ـ الاتفاق على البيع بسعر السوق ـ تقدم أنه اذا اتفق على حساب الثمن وفقاً لسعر السوق فى تاريخ معين ، كان ذلك كافياً لجعل الثمن قابلا للتعيين ولانعقاد العقد .

ولأن هذا الاتفاق كثير التداول عملا ، رأى المشرع أن ينص على حكمه وأن يبين تفاصيل تطبيقه، فنص فى المادة ٤٣٣ فقرة ثانية على أنه « اذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق ، وجب عند الشك أن يكون الثمن سعر السوق فى المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشترى . فاذا لم يكن فى مكان التسليم سوق وجب الرجوع الى سعر السوق فى المكان الذى يقضى العرف أن تكون أسعاره هى السارية » .

ويبين من ذلك أنه اذا تم الاتفاق على البيع بسعر السوق وكان الطرفان قد عينا مكان السوق والتاريخ الذى يعتبر السعر فيه أساساً لتحديد الثمن ، وجب العمل بما اتفقا عليه(١). واذا لم يعينا شيئاً من ذلك وتعذر الاستهداء الى نيتهما فى شأنه ، اعتبرا أنهما قصدا الاحالة على سعر السوق فى المكان الذى

---

(١) وأهم تطبيق عملى لذلك بيع القطن تحت القطع على سعر العقود ، وهو عقد يخول البائع قطع السعر الذى يحاسب عليه المشترى بحسب سعر بورصة العقود فى تاريخ يختاره البائع من بين فترة متفق عليها سلفا . ويشترط فى اختيار البائع القطع وفقا لسعر البورصة فى تاريخ معين أن يوفر للمشترى الوقت الذى يتسع لاجراء عملية التغطية التى تتم بعملية عكسية يجريها المشترى فى بورصة العقود وفى وقت القطع وبسعره وعن مقدار معادل للمقدار الذى طلب البائع قطع سعره كى يأمن المشترى تقلبات الأسعار (انظر نقض مدنى ٢٠ فبراير ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ ـ ٢٧١ ـ ٤٧ ، وأيضا نقض مدنى ٢٥ يناير ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ ـ ١١٥ ـ ١٨ ، أول فبراير ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ ـ ١٤٨ ـ ٢٣ ، ٣ مايو ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ ـ ٥٨٣ ـ ٨٧ ، ٢٧ ديسمبر ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ ـ ١٢٣٨ ـ ١٩٥) .

يجب فيه تسليم المبيع وفى اليوم المعين للتسليم . والمكان الذى يجب فيه التسليم هو المكان الذى اتفق عليه لذلك . فان لم يوجد اتفاق فى هذا الشأن كان هو المكان الذى وجد فيه المبيع وقت نشوء الالتزام اذا كان المبيع معينا بالذات ، والا فالمكان الذى يوجد فيه موطن البائع وقت وجوب التسليم أو الذى يوجد فيه مركز أعماله اذا كان البيع متعلقا بهذه الأعمال (المادة ٣٤٧) .

وإذا اتفق على وجوب تصدير المبيع للمشترى ، اعتبر مكان التسليم هو المكان الذى يصل فيه المبيع الى المشترى (المادة ٤٣٦) ، ووجب التعويل على سعر السوق فى هذا المكان .

واذا لم يوجد فى المكان المتفق عليه أو الذى يجب فيه التسليم سوق يستبين منها سعر المبيع ، وجب الرجوع الى سعر السوق التى يقضى العرف الجارى فى هذا المكان بالتعويل عليها فى مثل هذه الأحوال .

٩٩ — *الاتفاق على أن يتولى أجنبى تحديد الثمن* — نصت المادة ١٥٩٢ مدنى فرنسى على أنه يجوز أن يتفق العاقدان على أن يكلا تحديد الثمن الى أجنبى يعينانه لذلك . ويرى الشراح أن تعيين الشخص الأجنبى يمكن أن يتم فى عقد البيع ذاته أو فى اتفاق لاحق ، ويذهب بعضهم الى أنه لا يجوز تفويض المحكمة فى تعيين الشخص الذى يتولى تحديد الثمن .

وكانت المادة ١٨٥ من المشروع التمهيدى لتنقيح القانون المدنى المصرى تنص على مثل ذلك فى باب الالتزامات بوجه عام ، ولكن لجنة المراجعة رأت حذفها باعتبار أنها تنص على حالة تفصيلية قليلة الأهمية . فاذا ما عرضت هذه الحالة فى العمل وجب تطبيق القواعد العامة عليها ، وهى لا تختلف عما جرى عليه القانون الفرنسى .

وقد اختلفت الشراح فى تكييف مهمة الأجنبي المعين لتحديد الثمن ، فذهب بعضهم الى أن مهمته تحكيم ، واستندوا فى ذلك الى نص المادة ١٥٩٢ مدنى فرنسى التى تقول انه يجوز للطرفين أن يتركا تعيين الثمن لحكم أجنبي à l'arbitrage d'un tiers ورتبوا على ذلك أن الأجنبي يجب عليه أن يتبع فى مباشرة مهمته الاجراءات التى نص عليها قانون المرافعات فيما يتعلق بحكم المحكمين ، ولكن رأيهم مردود بأن التحكيم يفترض وجود نزاع عن حقوق قائمة . أما فى هذه الحالة فلا توجد حقوق متنازع عليها ، بل المطلوب استيفاء ركن من أركان العقد ، وهذا ليس من عمل المحكمين فى شىء .

وقال آخرون ان مهمة الأجنبي فى هذه الحالة هى مهمة الخبير الذى يقوم بتقدير ثمن شىء معين ، فيجب عليه اذن أن يتبع الاجراءات المقررة فى قانون المرافعات لمباشرة الخبراء أعمالهم. ويرد ذلك بأن رأى الخبير استشارى لايقيد الخصوم ولا القاضى ، فى حين أن الثمن الذى يحدده الشخص الذى يكل الطرفان اليه ذلك يكون ملزما لهما .

وجرى القضاء على اعتبار الغير فى هذه الحالة وكيلا عن الطرفين فى تحديد الثمن ، فاذا ماحدد هذا الوكيل ثمناً معيناً التزم به طرفا العقد باعتبارهما موكليه[1]. ويؤخذ على هذا التكييف أولا أنه يجعل الأجنبي وكيلا عن طرفى العقد معا فى حين أن ذلك لا يجوز الا بنص خاص ، وثانياً أنه لا يجوز لأى من الطرفين تغيير الأجنبي المعين لتحديد الثمن فى حين أن الوكيل يجوز لكل من موكليه عزله . هذا فوق أن مهمة الأجنبي عمل مادى فى حين أن الوكالة لا تكون الا فى الأعمال القانونية[2] .

---

(١) انظر فى تأييد مذهب القضاء السنهورى ج ٤ نبذة ٢١٢ ص ٣٧٩ والهامش ١ ، جميل الشرقاوى ص ١٢٤ ، وقرب من ذلك الهلالى وحامد زكى ص ١١٤ هامش ١ .

(٢) قارن لبيب شنب ص ٤٨ حيث ينظر الى العقد الذى يتعهد بمقتضاه الشخص الذى يفوض فى تحديد الثمن فيقول انه ان كان بأجر فهو مقاولة ، والا فهو عقد غير مسمى . وفى هذا المعنى اسماعيل غانم ص ٨٠ و ٨١ .

والواقع أن التقدير الذى يقوم به الأجنبي فى هذه الحالة يعتبر واقعة مادية يتوقف عليها تعيين الثمن وانعقاد العقد[١] ، شأنه فى ذلك شأن تحديد البورصة الثمن فى تاريخ معين . فاذا فتحت البورصة فى هذا التاريخ وتحدد فيها الثمن أنتج العقد آثاره ، والا اعتبر كأن لم يكن .

ويلاحظ أن تحديد الثمن يمكن أن يناط بأجنبي واحد أو بأكثر من واحد ، وأن هؤلاء المفوضين يمكن أن يعينوا فى عقد البيع نفسه أو فى اتفاق لاحق .

١٠٠ — *أثر هذا الاتفاق اذا قام الأجنبي بتحديد الثمن* — متى قام الأجنبي بتحديد الثمن ، صار هذا التحديد ملزما الطرفين ، ولم يجز لأى منهما أن يتحلل منه الا اذا أثبت أن الأجنبي ارتكب غشا فى أداء مأموريته أو وقع فى غلط واضح أو جاوز حدود مأموريته . فحينئذ يجوز لمن يتضرر من هذا التحديد أن يطعن فيه أمام المحكمة[٢] .

ويرى بعض الشراح أن قيام الأجنبي بتحديد الثمن يترتب عليه اكتمال عقد البيع أركانه ، فلا ينتج البيع آثاره الا من وقت هذا التحديد أى أنه لا يكون لتعيين الأجنبي الثمن أثر رجعى ، ولا يعتبر العقد قبل ذلك بيعاً بل عقداً غير مسمى يلتزم به كل من الطرفين أن يبرم البيع بالثمن الذى يعينه الأجنبي[٣] .

غير أن جمهرة الشراح ترى أن هذا التكييف لا يطابق نية العاقدين ، اذ الغالب أن يقصد الطرفان عقد البيع منذ اتفاقهما عليه ، فيعتبر البيع معلقا على شرط واقف هو قيام الأجنبي بتحديد الثمن . فاذا عين الأجنبي الثمن ،

---

(١) وقد أخذ بهذا الرأى البدراوى نبذة ١٤٠ ، منصور نبذة ٣١ ص ٥٨ .
(٢) أنظر ليب شنب نبذة ٢٦ ص ٤٨ ، جميل الشرقاوى ص ١٢٣ .
(٣) بلانيول وريبير وبولانجيه ج ٢ نبذة ٢٣٨١ .

تحقق الشرط وأنتج البيع أثره من وقت انعقاده . واذا كان المبيع عقاراً أى أن ملكيته لا تنتقل الا من وقت تسجيل العقد ، كان من مصلحة المشترى أن يبادر الى تسجيل عقده ولو قبل أن يعين الأجنبي الثمن ، حتى اذا ما تم هذا التعيين انتقلت اليه الملكية من وقت التسجيل السابق عليه . على أنه اذا كان الأجنبي لم يسم فى عقد البيع ذاته ، وانما سمى فى اتفاق لاحق عليه، فان هذا الاتفاق الأخير هو الذى يكتمل به العقد لأنه هو الذى يجعل الثمن قابلا التعيين . فاذا ما عين الأجنبي الثمن ، كان لتعيينه أثر رجعى من وقت هذا الاتفاق اللاحق للعقد الأصلى لا من وقت هذا العقد . ولذلك يتعين على الأجنبي الذى سمى فى عقد البيع ذاته أن يقدر ثمن المبيع وقت هذا العقد. أما اذا سمى الأجنبي فى عقد لاحق ، وجب عليه أن يقدر ثمن المبيع وقت هذا الاتفاق اللاحق لأن هذا الوقت هو الذى سيبدأ فيه انتاج البيع أثره[1].

وعندى أن هذا الرأى الأخير مردود بأن الشرط الواقف لا يصح أن يكون أحد أركان العقد ، وبأن العقد لا يصح اعتباره معلقاً على شرط واقف الا اذا اكتمل انعقاده بجميع أركانه ، ولذلك أميل الى ترجيح الرأى الأول ، ويترتب عليه أن تعيين الغير للثمن هو الذى يكتمل به عقد البيع ولا يكون له أثر رجعى ، أما قبل ذلك فيكون العقد عقدا غير مسمى[2] .

١٠١ — *أثر هذا الاتفاق اذا لم يقم الأجنبي بتحديد الثمن* — اذا امتنع الأجنبي عن تحديد الثمن ، أو استحال عليه ذلك ، أو توفى ، أو تعدد المعينون لهذه المهمة واختلفوا فيما بينهم على التحديد دون أن يكون فيهم مرجح ، اعتبر البيع كأن لم يكن لعدم اكتمال ركن من أركانه ، ولا يجوز فى هذه الحالة لأحد من العاقدين أن يلجأ الى المحكمة لتتولى هى تحديد الثمن

---

(١) السنهورى جـ ٤ نبذة ٢١٢ ، البدراوى نبذة ١٤١ ، اسماعيل غانم ص ٨٠ .
(٢) فى هذا المعنى جميل الشرقاوى ص ١٢٤ و ١٢٥ .

لأن ذلك يعتبر تكميلا للعقد، وليس للمحاكم أن تتدخل فى تكوين العقود.

وكذلك اذا اتفق العاقدان على أن يفوضا فى تحديد الثمن شخصاً أو أشخاصا يعينانهم فيما بعد، ثم امتنع أحد العاقدين عن الاتفاق على هؤلاء الأشخاص، فان امتناعه يحول دون جعل الثمن قابلا للتعيين، وبالتالى يحول دون انعقاد العقد. وفى هذه الحالة يجوز للعاقد الذى يتضرر من بطلان العقد أن يطالب العاقد الذى تسبب فى هذا البطلان بتعويض الضرر. وتبنى المحاكم الحكم بالتعويض فى هذه الحالة على أساس المسئولية التقصيرية[1]. ولكن من الصعب القول بخطأ الممتنع عن تعيين مفوض دون تحديد الالتزام الذى ينسب اليه الاخلال به. ومن المحقق أن القانون لا يلزم أحدا بتعيين مفوض. فاذا كان لا بد من اعتبار الممتنع مخطئا فلا مناص من اسناد ذلك الخطأ الى اخلال بالتزام نشأ من عقد. واستناداً الى ذلك يرى أكثر الشراح أن دعوى التعويض تقوم فى هذه الحالة على أساس المسئولية العقدية لأنه اذا كان عدم تعيين المفوضين يحول دون انعقاد البيع، فانه لا ينفى حصول تعاقد بين الطرفين على تعيين مفوضين، ويعتبر المتعاقد الممتنع عن تعيين المفوضين مخلا بالتزامه الناشىء عن هذا التعاقد[2].

١٠٢ — تعيين الثمن أو الأسس التى يقوم عليها تعيينا ضمنيا — ولا يشترط أن يكون تعيين الثمن أو تعيين الأسس التى تؤدى الى تحديده تعيينا صريحا، بل يجوز أن يكون تعيينا ضمنيا. وقد نصت المادة ٤٢٤ على أنه « اذا لم يحدد المتعاقدان ثمنا للمبيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف

---

(١) انظر بودرى لاكانتنرى نبذة ١٣٨.

(٢) فى هذا المعنى بلانيول وربيير وهامل جـ ١٠ نبذة ٣٩ ص ٤٠، السنهورى جـ ٤ ص ٣٨١، البدراوى نبذة ١٣٩، منصور نبذة ٣١ ص ٥٦، واسماعيل غانم ص ٧٩.

أن المتعاقدين قد نويا اعتماد السعر المتداول فى التجارة أو السعر الذى جرى عليه التعامل بينهما ». فاذا اعتاد تاجر التجزئة مثلا أن يطلب من تاجر الجملة كل يوم أو كل أسبوع قدرا معينا من سلعة دون أن يحدد له الثمن ، فيستفاد من ذلك أنه قصد ضمنا أن يكون الثمن هو الثمن الذى جرى به التعامل بينهما مادام البائع لم ينبه على عميله برفع هذا الثمن .

٢٠٣ — *حرية العاقدين فى تحديد الثمن وما يرد عليها من قيود* — والأصل أن يكون للمتعاقدين مطلق الحرية فى تعيين الثمن سواء أكان ذلك من ناحية مقداره أم من ناحية نوع النقود التى يقدر بها .

غير أنه اذا تم البيع بالمزاد الجبرى أو بنزع الملكية للمنفعة العامة ، فان الملكية تنتقل من المالك الذى يعتبر بائعاً دون توقف على ارادته ،وكذلك يحدد الثمن بغير ارادته ، فيحدد من طريق المزاد فى البيع الجبرى أى بين مقدم أكبر عطاء والقاضى القائم بالبيع ، وتحدده جهة الادارة أو أهل الخبرة الذين تندبهم المحكمة لذلك فى نزع الملكية للمنفعة العامة .

وهناك قيود أخرى ترد على حرية العاقدين فى تحديد الثمن ، أهمها ناشىء من فرض تسعيرة الزامية لبعض السلع ومن تقرير السعر الالزامى لأوراق البنكنوت والنقود الورقية .

ففى أوقات الحروب والأزمات الاقتصادية لا يجوز للدولة أن تقف مكتوفة اليدين أمام ارتفاع أسعار الحاجيات الأولية ارتفاعا باهظاً ولا أن تترك للمتعاقدين حرية تعيين الثمن فى عقود البيع وفقاً لقانون العرض والطلب ، ويتعين عليها أن تتدخل فى السوق لتحديد أرباح التجار وتسعير أهم السلع الضرورية.وكذلك فى الدول الاشتراكية حيث تتدخل الدولة فى الانتاج وفى التوزيع وتضع لذلك تخطيطا اقتصاديا يهدف الى تنمية الثروة القومية والدخل الوطنى ، ويستتبع ذلك تحديد اسعار أكثر السلع تحديدا رسميا،

فتعتبر تعريفة الأسعار الرسمية حداً أعلى لما يجوز الاتفاق عليه من ثمن فى عقود البيع ، وبالتالى قيدا وارداً على حرية العاقدين فى تحديد الثمن ، وكل اتفاق على ثمن يجاوز هذا الحد الأعلى يقع باطلا ولا يعمل به، ويجوز لكل من الطرفين التمسك بهذا البطلان فى أى وقت . فاذا كان ذلك قبل تنفيذ البيع ، جاز لكل من الطرفين الامتناع عن تنفيذه . واذا كان بعد التنفيذ ، وجب على العاقدين اعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل العقد . ويجوز للمشترى فى كلتا الحالين أن يطالب البائع بتعويض عن بطلان البيع لأنه هو المتسبب فيه بعمله غير المشروع ، أى البيع بأكثر من السعر الجائز قانونا . واذا كان للمشترى مصلحة فى الاحتفاظ بالمبيع ، جاز له أن يطلب أن يكون التعويض عينياً بترك المبيع له فى مقابل ثمنه الرسمى . فلا يلزم الا بهذا الثمن ويسترد ما يكون قد دفعه زيادة على ذلك . وكثيراً ما تنص القوانين التى تحدد تعريفة الأسعار على الزام البائع برد الفرق الى المشترى فوق نصها على العقوبات التى توقع عليه .

والقوانين التى تحدد السعر الالزامى لأوراق البنكنوت أو النقود الورقية تحد من حرية العاقدين فى تعيين نوع النقود التى يدفع بها الثمن لأنها تجعل قبول الوفاء بالنقود الورق واجباً ، وتنص على بطلان شرط الدفع بالذهب ، فلا يجوز للبائع أن يشترط دفع الثمن اليه بنقود معدنية ذهبا كانت أو فضة ، ويقع مثل هذا الاتفاق باطلا ويجوز للمشترى أن يجبر البائع على قبول وفاء الثمن المتفق عليه بالنقود الورق ذات السعر الالزامى(١) .

١٠٤ — الشرط الثالث أن يكون الثمن حقيقيا — لا يكفى أن يكون الثمن معينا فى العقد بالنقد ، بل يجب أيضا أن يكون ثمناً حقيقياً أى جديا ، والا كان هو والعدم سواء (٢) .

---

(١) راجع نبذة ٣٣٩ من كتابنا فى أحكام الالتزام .
(٢) قرب فى هذا المعنى نقض ١٨ يناير ١٩٥١ المحاماة ٣١ — ١٥٠٢ — ٤٤١ ، استئناف مصر ٨ ديسمبر ١٩٢٠ المحاماة ٢ — ١٤٤ — ٤٦ .

والثمن الحقيقي أو الجدى هو الذى تكون ارداة الطرفين قد اتجهت الى الزام المشترى بأن يدفعه فعلا باعتباره مقابلا حقيقياً لا رمزياً للبيع .

ويعتبر الثمن غير حقيقي اذا كان صوريا fictif أو تافها dérisoire. أما الثمن البخس vil فهو ثمن حقيقي ، وينعقد به العقد ، ولو أنه يخول البائع فى بعض الأحوال حق طلب تكملة الثمن .

١٠٥ — *الثمن الصورى* — ويكون الثمن المسمى فى العقد صوريا اذا لم يكن مطابقا حقيقة ما اتفق عليه الطرفان . وتكون صوريته مطلقة اذا اتفق الطرفان على أن لا يلتزم المشترى بأى شىء من الثمن المسمى . وتكون نسبية اذا خالف القدر المسمى فى العقد حقيقة القدر المتفق على أن يدفعه المشترى فعلا زيادة أو نقصانا .

فاذا كانت صورية الثمن نسبية ، وأثبت العاقد ذو المصلحة حقيقة الثمن المتفق على دفعه ، كان هذا الثمن الأخير ثمنا حقيقياً وانعقد به البيع ، أى أنه اذا أثبت المشترى أن الثمن الحقيقي أقل من المسمى فى العقد لم يلزم بأكثر من الثمن الحقيقي ، واذا أثبت البائع أن الثمن الحقيقي أكثر من المسمى كان له تقاضى الزيادة[1] .

أما اذا ثبت أن صـــــورية الثمن مطلقة ، انعدم بذلك ركن الثمن

---

(١) وتطبيقا لذلك قضت محكمة استئناف الاسكندرية فى ٢١ أكتوبر ١٩٤٦ بأنه اذا اتفق شخص عن نفسه وعن بقية اخوته الورثة فى عقد على بيع عين معينة بثمن مسمى ، ثم اتفق مع المشترى بورقة مستقلة على مبلغ زيادة عن الثمن المنصوص عليه فى العقد وأن يستقل هو بهذه الزيادة ، فان هذه الزيادة تكون مستحقة لكل من البائعين ، وتنشأ بذلك رابطة قانونية مباشرة بين المشترين وبين كل من البائعين ، فيكون لكل منهم الحق فى طلبها مباشرة من المشترين وفى طلبها من الوكيل عنهم اذا دفع المشترون كل المبلغ اليه (المجموعة ٤٨ — ١٣٢ — ٦٠) .

ولم ينعقد البيع لعدم اكتمال أركانه ، وكان العقد هبة اذا ثبت اتجاه ارادة العاقدين الى نقل ملكية المعقود عليه فعلا من أحدهما الى الآخر .

واذا ذكر الثمن فى عقد ثابت بالكتابة ، تعين على العاقد الذى يتمسك بصوريته أن يثبت ذلك بالكتابة أيضاً . أما غير العاقدين فيجوز لهم اثبات الصورية بكافة طرق الاثبات ، بما فيها البينة والقرائن[١] ومتى ثبتت صورية الثمن صورية مطلقة بطل عقد البيع . فاذا ثبت أن المقصود به التبرع ، وتوافرت فيه شروط الهبة ، جاز اعتباره هبة مستترة فى صورة عقد بيع وفقا للمادة ٤٨٨ فقرة أولى[٢] . والغالب عملا أن ينطوى البيع الصورى على هبة مستترة ، ويكون قصد الواهب من ذلك اما التخلص من الشكل الرسمى الواجب لابرام الهبة ، واما تدعيم الهبة ببعض أحكام البيع التى تدرأ عنها بعض الطعون أو تجعل الطعن فيها أكثر صعوبة[٣] .

ولا يكفى فى اعتبار الثمن صورياً مجرد خلو العقد من اثبات دفعه عند التعاقد بالرغم من اثباته حصول تسليم المبيع ، لأن ذلك لا ينفى التزام المشترى بدفعه عند المطالبة[٤]. وكذلك لا يعتبر الثمن صوريا لمجرد صدور تنازل عنه من البائع

---

(١) ومن أهم القرائن على صورية الثمن المسمى فى العقد صورية مطلقة اعسار المشترى وقت الشراء وظهور عجزه عن دفع ذلك الثمن ظهورا لا سبيل الى المجادلة فيه ، بحيث لا يتصور أن يكون المشترى قد دفع ذلك الثمن ولا أن البائع قد حمل الأمر على محمل الجد اذا كان قد ذكر فى العقد أجلا لاستحقاق الثمن المسمى . والعكس غير صحيح ، فلا يكفى مجرد يسار المشترى وقت العقد لتستخلص منه قرينة على أنه وفى الثمن المسمى فى العقد حقيقة أو أنه التزم به التزاما حقيقيا بقصد الوفاء به ، انظر ما سيجىء فى نهاية هذه النبذة .

(٢) انظر استئناف مصر ٢٥ أبريل ١٩٣٢ المجموعة ٤٠ رقم ١٩٢ .

(٣) جميل الشرقاوى ص ١٠٩ .

(٤) نقض مدنى ٩ يونيه ١٩٣٨ المحاماة ١٩ — ٣٥٦ — ١٥٢ مجموعة القواعد القانونية ٢ — ٤٠٠ — ١٣٠ .

أو هبة البائع اياه بعد البيع ، اذ أن العبرة بجدية الثمن وقت البيع الذى انعقد صحيحاً[١] .

أما اذا ذكر البائع فى عقد البيع ذاته أنه أبرأ المشترى من الثمن أو وهبه اياه ، فان ذلك يكون دليلا على الصورية ويجعل الثمن منعدما ويمنع من انعقاد البيع[٢]، بل انه يحول دون اعتبار العقد هبة مستترة فى صورة بيع، لأن هذا التكييف الأخير يقتضى أن يكون عقد البيع الظاهر ساتراً فعلا للهبة ، ولا يكفى فيه مجرد تسمية العقد بيعاً اذا كان هذا العقد ظاهر الدلالة على أن المقصود به الهبة ، وانما تكون الهبة فى هذه الحالة مكشوفة ولا يثبت للعقد حكم الهبة الا اذا كان مستوفياً الشكل اللازم لعقد الهبة ، أى مدونا فى ورقة رسمية[٣] .

وفى هذا كله تقول محكمة النقض انه لا عبرة بعدم ذكر قبض ثمن المبيع بعد تسميته فى العقد لأن مطلق البيع يفيد التزام المشترى بدفع الثمن المسمى، ولأن المادة ٤٨ من القانون المدنى (القديم) تجيز أن يكون العقد المشتمل على الهبة موصوفا بعقد آخر وتجعل مناط صحة الهبة المستترة أن يكون العقد الظاهر الذى يسترها مستوفى الأركان والشرائط القانونية . فان كان العقد الساتر بيعاً ولم ينص فيه على ثمن أو أبرىء المشترى من الثمن أو وهب له ، فالعقد هبة لا تصح قانونا الا اذا كانت حاصلة بعقد رسمى[٤] .

وقد جرت المحاكم فى اثبات صورية الثمن على جواز استنباطها من مجرد

---

(١) السنهورى فى الوسيط ج ٤ نبذة ٢١٥ ص ٣٨٥ ، أنور سلطان نبذة ١٣٧ ص ١٥٩ ، منصور نبذة ٢٨ ، البدراوى نبذة ١٤٤ ، جميل الشرقاوى ص ١١١ .

(٢) استئناف مصر ٢ نوفمبر ١٩٣٨ المحاماة ١٩-١-٩٥-٣٨٦ .

(٣) السنهورى فى الوسيط ج٤ نبذة ٢١٥ ص ٣٨٥ ، نقض مدنى ٩ يونية ١٩٣٨ المشار اليه آنفا و ٢٢ مايو ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية ٥ رقم ٨٣ .

(٤) نقض ٩ يونيه ١٩٣٨ و٢٢ مايو ١٩٤٦ المشار اليهما آنفا .

التفاوت الكبير بين حال المشترى المالية وبين الثمن المسمى فى العقد، فقررت محكمة النقض أنه اذا تبين من ظروف الدعوى أن المشترى لم يكن فى حالة يستطيع معها دفع الثمن المبين فى العقد وأنه ليس الا ثمنا صوريا فيكون العقد فى الحقيقة عقد تبرع منجز أى هبة مستترة فى صورة عقد بيع [1].

ولكن عدم التفاوت المذكور لا ينهض فى ذاته دليلا على جدية الثمن أو جدية البيع. وقد قالت فى ذلك محكمة النقض انه لا تعارض بين أن يكون المشترى فى حالة تمكنه من دفع الثمن وأن يكون الشراء الحاصل منه صوريا، اذ لا تلازم بين حالة الاعسار وصورية العقد، فاذا اقتنعت المحكمة بأن تصرفا ما كان صوريا فليس هناك ما يحتم عليها أن تعرض بالبحث للمستندات المقدمة من المشترى اثباتا ليساره ومقدرته على دفع الثمن، فان هذا لا يقدم ولا يؤخر [2].

١٠٦ — **الثمن التافه** — ويلحق بالثمن المعدوم أو بالثمن الظاهرة صوريته الثمن التافه. وهو الثمن الذى لا يقوم دليل على أن العاقدين قصدا ألا يلتزم المشترى بدفعه ولكنه يكون قليلا الى حد يجعل التناسب بينه وبين قيمة المبيع الحقيقية مفقوداً تماما، كما فى بيع فدان صالح للزراعة بجنيه واحد أو دار كبيرة بعشرة جنيهات، فان قلة هذا الثمن وتفاهته بالنسبة الى قيمة المبيع تحول دون عده ركنا صحيحا فى عقد البيع. فلا يكون العقد بيعا بل هبة.

---

(١) نقض مدنى ٢ يونيه ١٩٣٢ المحاماة ١٣—١٠٥—٦١ ونقض ١٣ أبريل ١٩٣٩ المجموعة ٤٠ رقم ٢٠٧، استئناف أسيوط ١٦ نوفبر ١٩٣١ المحاماة ١٢—٦٣٥—٣٢٤، جميل الشرقاوى ص ١١٢، وبالعكس من ذلك قضت محكمة استئناف مصر فى ٢٠ أبريل ١٩٣٠ بأنه اذا تضمن عقد البيع شرائطه القانونية، فتعين فيه الطرفان العاقدان البائع (الأب من ماله) والمشترون (الأب بصفته وليا على أولاده) والمبيع والثمن فهو عقد بيع صحيح. ومتى كان العقد صريحا فى أن البائع استلم هذا الثمن من مالية أولاده القصر واعترف أن هذا المال كان موجوداً تحت يده من قبل العقد، فلا يعتبر ذلك هبة الثمن (المحاماة ١٠—٨٦٨—٤٣٨).

(٢) نقض ٢ يناير ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية ٣—٢٩٨—٨٨.

ولأن الثمن التافه لا يعتد به أصلا ، فان ذكره فى عقد البيع لا يكفى حتى لاعطاء العقد صورة البيع الذى يسترهبة . ويعتبر العقد فى هذه الحالة هبة سافرة ، ولا يصح بهذا الوصف الا اذا كان محرراً فى ورقة رسمية وفقا للمادة ٤٨٨ فقرة أولى .

١٠٧ — *الثمن البخس* — أما الثمن فهو الذى يقل كثيراً عن قيمة المبيع ولكنه لا ينزل الى حد الثمن التافه الذى لا يعتد به ولا يهم البائع الحصول عليه . فالثمن البخس ، خلافا للثمن الصورى أو للثمن التافه ، ثمن جدى كان الحصول عليه هو الباعث الدافع للبائع على الالتزام بنقل ملكية المبيع الى المشترى ، وهو لذلك يكفى لانعقاد البيع(١) .

غير أن انخفاض الثمن وعظم التفاوت بينه وبين قيمة المبيع قد يكونان فى بعض الشرائع سببا فى جعل العقد قابلا للابطال ، وهما فى القانون المصرى يخولان البائع فى بعض الأحوال حق طلب زيادة الثمن الى حد معين (المادة ٤٢٥) ، وفى أحوال أخرى حق طلب ابطال العقد أو زيادة الثمن أو نقص مقدار المبيع (المادة ١٢٩) . وسنعرض لذلك عند الكلام فى عيوب الرضا .

ولا يفوتنا هنا أن نذكر أن المحاكم استنبطت فيما مضى من بخس الثمن فى بيع الوفاء قرينة على أن العقد رهن وليس بيعا .

وقد تدق أحيانا التفرقة بين الثمن البخس والثمن غير الجدى . وأهم الحالات التى أثارت خلافا فى هذا الشأن حالة بيع عقار فى مقابل ايراد مرتب لمدى حياة البائع تقل قيمته عن غلة هذا العقار أولا تجاوزها . ففى هذه الحالة يأخذ المشترى العقار دون أن يدفع شيئا من ماله ، وانما يدفع الى البائع فى كل سنة مادام حيا

---

(١) نقض أول فبراير ١٩٥١ التشريع والقضاء ٤ــ١٤٦ــ٥٠٩ المحاماة ٣١ــ١٦٨١ــ٤٩٠ وقد جاء فيه أنه لا يشترط أن يكون المقابل فى عقد البيع ــ الثمن ــ متكافئا مع قيمة المبيع بل كل ما يشترط فيه أن لا يكون تافها . فالثمن البخس يصلح مقابلا لالتزامات البائع .

مبلغا يساوى غلة العقار كلها أو بعضها . فهو فى الواقع يأخذ ملكية الرقبة دون مقابل اذا كان الايراد المرتب يساوى قيمة الغلة كلها ، ويأخذها هى وجزءاً من الغلة اذا كان الايراد المرتب أقل من قيمة الغلة . أفيعتبر الثمن المعين على هذا الوجه ثمنا جديا بخساً يكفى لانعقاد البيع صحيحاً ، أم يعتبر ثمنا غير جدى فلا يكفى لانعقاده؟

ذهبت كثرة الشراح وأحكام المحاكم الفرنسية الى أن الثمن المعين على هذا الوجه لا يعتبر ثمنا حقيقيا ولا يكفى لانعقاد البيع، لأنه ظاهر منه أن المشترى لا يدفع شيئا من ماله ،فالعقد يعتبر هبة ولا ينعقد بهذا الوصف الا اذا دون فى ورقة رسمية(١) .

وقد أخذت بذلك محكمة النقض المصرية (٢) ، وأيدها فيه

---

(١) انظر الأحكام المشار اليها فى بلانيول وريبير وهامل جـ ١٠ ص ٤٢ هامش ١ ، وأنظر من الشراح الذين يؤيدون المحاكم فى هذا الرأى أوبرى ورو واسمان جـ٥ نبذة ٣٤٩ هامش ٢٦ ، جيبوار جـ ١ نبذة ٩٧ مع تحفظه بالنسبة للحالة التى يتعرض فيها المشترى لمفاجآت تنشأ من مخاطر استغلال المبيع .

(٢) نقض مدنى ٥ أبريل ١٩٥١ المحاماة ٣٣–٤٠٩–٢٢٠ التشريع والقضاء ٥ — ٣ — ٢ وقد جاء فيه أنه « متى كان الحكم اذ قضى برفض الدعوى التى أقامها مورث الطاعن بطلب بطلان العقد الرسمى الصادر منه الى المطعون عليها الأولى ببيع منزل على أساس أن هذا العقد فى حقيقته وصية قد أقام قضاءه على «أن التصرف هو عقد بيع صحيح ناجز وليس مايمنع قانونا من أن يكون الثمن مشترطا وفاؤه كايراد مرتب لمدى حياة البائع ولو أتيح القول بأن الثمن منعدم فالعقد يظل على هذا الفرض عقداً صحيحا قانونا ناقلا للملكية لأنه يكون بمثابة هبة قد تضمنها عقد رسمى ، والهبة تصح قانونا اذا صيغت فى صورة عقد بيع أو عملت بعقد رسمى » ، متى كان الحكم قد أقام قضاءه على هذا الأساس فانه لايبطله اغفاله طلب الطاعن احالة الدعوى على التحقيق ليثبت أن أجرة مثل المنزل تزيد على الايراد المقرر مدى حياة البائع كمقابل للبيع . بل على فرض أن هذا الايراد هو دون ريع المنزل وأن ذلك يجعل الثمن معدوما فيعتبر العقد باطلا كبيع فان الحكم قد أقام قضاءه على أساس أن العقد يعتبر فى هذه الحالة هبة صحيحة شكلا لافراغها فى قالب رسمى ، وما قرره الحكم فى هذا الخصوص صحيح قانونا . ذلك أن مورث الطاعن قد أقام دعواه على أساس أن العقد فى حقيقته وصية أى تبرع مضاف الى مابعد الموت ، وقد أثبت الحكم بالأدلة السائغة التى أوردها أن التصرف صدر ناجزا فيكون هبة صحيحة فى عقد رسمى ، ومن ثم فان الطعن عليه بالقصور ومخالفة القانون يكون على غير أساس » .

بعض الفقه[1] .

غير أنه من الواضح أن الثمن المعين على هذا الوجه ليس ثمنا صوريا ولا ثمنا تافها لأن العاقدين لم يقصدا بتعيينه مجرد توفير شرط الثمن اللازم لانعقاد العقد بل قصدا أن يلتزم به المشترى فعلا وقصد البائع الحصول على الايراد المرتب مدى حياته فى مقابل نقل ملكية عقاره الى المشترى. واذا كان الواقع أن قسط الايراد المرتب لايجاوز غلة العقار فى ظروف معينة ، فقد يتغير الوضع وتنخفض قيمة الغلة فيلتزم المشترى بأن يدفع الفرق من ماله. وحقيقة الأمر أن الثمن فى هذه الصورة ليس غلة العقار أو قسط الايراد أومجموع الأقساط بل هو الحق فى ايراد ثابت لايتغير بتغير الغلة . وقد أراد البائع أن يحصل على هذا الحق الثابت فى مقابل نقل ملكيته الى المشترى، وقد يكون الباعث اليه على ذلك أنه يريد أن يكفى نفسه مؤونة ادارة المال واستغلاله وأنه يريد أن يدرأ عن نفسه احتمال نقص الغلة مستقبلا عن الحد الذى حدد به الايراد المرتب كى يضمن لنفسه قدراً معينا من الايراد مدى حياته يكفل له مستوى معينا من المعيشة . فيعتبر هذا الثمن ثمنا جديا يكفى لاعتبار العقد بيعا. لذلك أخذت الشراح وأحكام المحاكم تتجه الى الأخذ بهذا الرأى كلما ثبت أنه قصد بهذا الاتفاق رفع عناء ادارة المبيع ومخاطر الاستغلال عن البائع أو تأمينه ضد نقص غلة المبيع[2] .

وسنعرض عند الكلام فى الغبن لما اذا كان تعيين الثمن على هذا الوجه يعتبر سببا لطلب ابطال العقد أو لطلب تكملة الثمن بالرغم من طبيعة العقد الاحتمالية .

---

(١) انظر السنهورى ج٤ ص٣٨٦ ، البدراوى نبذة ٢٤٦ ، جميل الشرقاوى ص١١٣ .

(٢) فى هذا المعنى بلانيول وريبير وهامل ج١٠ نبذة ٤١ ص ٤٢ و ٤٣ ، السنهورى فى المرجع السابق، نقض فرنسى مدنى ٩ يناير ١٩٥٠ جوريسكلاسير الدورى ١٩٥٠—٥٧٢٠، ١٨ أكتوبر ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض الفرنسى ١٩٥٠—١ .

الفصل الثالث

ركن السبب فى عقد البيع

١٠٨ – **احالة الى القواعد العامة** – لم ينص القانون فى باب البيع على ركن السبب بوجه خاص ، فيتعين الرجوع فى ذلك الى الأحكام العامة التى وردت فى شأن الالتزام بوجه عام .

وقد نصت المادة ١٣٦ مدنى على أنه « اذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا » .

ومن المعلوم أن السبب هو فى الحقيقة ركن فى الارادة التى يلتزم بها صاحبها وليس ركنا فى العقد ذاته، أى أنه فى العقد الملزم للجانبين حيث يلتزم كل من العاقدين بارادته يكون لكل من الارادتين سببها. فارادة البائع أن يلتزم بنقل ملكية المبيع الى المشترى سببها رغبته فى الحصول على الثمن وقد تكون هذه الرغبة ذاتها راجعة بدورها الى سبب آخر هو حاجة البائع الى مبلغ نقدى لوفاء ما عليه من دين أو لشراء حاجيات أو للمضاربة أو للعب القمار أو لدفع رشوة الخ . فيرتفع هذا الباعث الدافع الى التعاقد الى مرتبة السبب فى التزام البائع متى كان معلوما لدى المشترى . فاذا كان هذا الباعث مشروعا كما فى المثلين الأولين فلا غبار على العقد. أما اذا كان مخالفا النظام العام او الآداب كما فى المثلين الأخيرين ، وقع العقد باطلا لعدم مشروعية سببه .

وكذلك فان ارادة المشترى أن يلتزم بدفع الثمن الى البائع سببها رغبته فى الحصول على ملكية المبيع . وقد يكون غرض المشترى من الحصول على المبيع الانتفاع به انتفاعا مشروعا، وقد يقصد استعماله استعمالا غير مشروع كما اذا اشترى داراً بقصد اعدادها للميسر . فاذا كان البائع فى هذه الحالة الأخيرة يعلم بالباعث غير المشروع الذى دفع المشترى الى التعاقد ، فان العقد يقع باطلا لعدم مشروعية سببه .

الفصل الرابع

عدم النص المانع من البيع

١٠٩ — أثر النصوص المانعة من البيع — اذا نص القانون على تحريم نوع من أنواع البيع أو منع أشخاصاً معينين من بيع نوع من الأموال أو من شرائه ، فلا تجوز مخالفة هذا النص ولا ينعقد بيع نهى عنه القانون ، واذن فلا بد من الاعتراف بأنه يشترط فى انعقاد البيع ألا يصطدم بنص ينهى عن ابرامه .

وقد تقدم أن القانون اعتبر بعض الأموال خارجة عن التعامل ، فنهى بذلك عن بيعها نهياً عاما موجها الى الكافة . كما تقدم تطبيق ذلك على التركات المستقبلة حيث خصها المشرع بنص يمنع التعامل فيها . وقد جاء هذا المنع عاما أى أنه موجه الى جميع الناس .

كذلك حرم التقنين المدنى الحالى بيع الوفاء ونص على بطلانه بطلانا مطلقا . وهذا التحريم أيضا تحريم عام يسرى على جميع الناس ، فلا يجوز لأى شخص منذ العمل بهذا التقنين أن يعقد بيع وفاء . وكل عقد يقع مخالفا لهذا النهى يكون باطلا بطلانا مطلقا .

وقد أورد التقنين المذكور نصين مانعين آخرين ، ولكنه جعل المنع فيهما مقصوراً على بعض الأشخاص دون غيرهم ، وبالنسبة الى نوع معين من الأموال ، وهما خاصان بمنع رجال القضاء وأعوانهم من شراء الحقوق المتنازع فيها ، ومنع المحامين من التعامل فى الحقوق التى وكلوا فى الدفاع عنها .

وفوق ذلك نصت بعض القوانين الخاصة على حظر الشراء بالنسبة الى

طوائف معينة حظرا يتعلق بالنظام العام ويترتب على مخالفته بطلان البيع . وأهم هذه القوانين قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٧٨/١٩٥٢ المعدل بقوانين لاحقة كثيرة ، وقد حظر على أى شخص أن يشترى أرضا زراعية يصبح بها مجموع ما يملكه من الاراضى الزراعية أكثر من مائتى فدان ثم خفض هذا الحد الاقصى الى مئة فدان بالقانون رقم ١٢٧/١٩٦١ ، وكذلك القانونان رقم ٣٧/١٩٥١ ورقم ١٥/١٩٦٣ اللذين حظرا على الاجانب تملك الاراضى الزراعية والصحراوية ، والقانون رقم ١١١/١٩٤٥ الصادر باستمرار العمل بالأمر العسكرى رقم ٦٢/١٩٤٠ الذى يحظر على أى أجنبى تملك أى عقار يقع بأحد الاقسام التى تقوم على ادارتها مصلحة الحدود .

ونعرض فيما يلى حالات الحظر المشار اليها متبدئين بما نص عليه منها التقنين المدنى الحالى .

١١٠ — *(أولا) منع رجال القضاء وأعوانهم من شراء الحقوق المتنازع فيها* — نصت المادة ٤٧١ على أنه « لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه اذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها ، والا كان البيع باطلا » .

وظاهر أن المنع الوارد فى هذا النص يعتبر استثناء من حكم القواعد العامة ، وأنه لذلك يجب أن يفسر تفسيراً ضيقاً وأن يطبق بدقة ، فيتقيد تطبيقه بالحكمة التى من أجلها تقرر ، وبما ورد فى النص من قيود تجعله مقصوراً على البيع الذى يصدر الى فئات معينة من الأشخاص متعلقاً بنوع معين من الأموال .

١١١ — حكمة تحريم البيع الى رجال القضاء وأعوانهم — منع المشرع رجال القضاء وأعوانهم من شراء الحقوق المتنازع فيها حرصا منه على هيبة القضاء وكرامته وحسن سمعته ، لأنه قدر أن القاضى الذى يشترى حقا متنازعا فيه انما يضارب على نتيجة التقاضى فى شأن هذا الحق ، ويخشى أن يحمله ذلك على استغلال نفوذه فى الحصول على حكم لمصلحته بشأن الحق الذى اشتراه أو أن يظن الناس فيه ذلك على الأقل . فاراد المشرع أن يبعد القضاة وأعوانهم عن كل شبهة من هذا القبيل .

ويبين من ذلك سبب قصر الحكم بالبطلان على العقود التى يكون فيها رجال القضاء أو أعوانهم مشترين حقوقاً متنازعاً فيها لا بائعين شيئاً من هذه الحقوق ، اذ أن شراء القضاة مثل هذه الحقوق هو الذى يجعل لهم مصلحة فيها ويخشى معه قيام الشبهة . أما بيعها فبالعكس من ذلك يقطع صلتهم بالحقوق المتنازع فيها ويبعدهم عن كل ريبة [١] .

١١٢ — قصر التحريم على أشخاص معينين على سبيل الحصر — ولأن هذا النص استثنائى وارد على خلاف الأصل ، يتعين اعتبار بيان الأشخاص المذكورين فيه وارداً على سبيل الحصر ، فلا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه . فهو مثلا لاينطبق على مترجمى المحاكم ولا على الخبراء [٢] ولكنه ينطبق على من تثبت لهم صفة الأشخاص المذكورين فيه لدى أية جهة من الجهات القضائية سواء كانت هى جهة القضاء المدنى والجنائى أو جهة القضاء الادارى . والمقصود بالقضاة كل من يلى القضاء سواء كان قاضياً بالمحاكم

---

(١) فى هذا المعنى السنهورى جـ٤ ص ٢١٤ هامش ١ ، البدراوى نبذة ١٢٤ ص ١٨٢ ، لبيب شنب نبذة ٢٣٢ .

(٢) السنهورى جـ٤ نبذة ١١١ ص ٢١٥ ، لبيب شنب ص ٢٧٨ ، جميل الشرقاوى نبذة ٤٢ .

الابتدائية أو مستشاراً بمحاكم الاستئناف أو بمحكمة النقض أو غير ذلك من المحاكم .

ويشترط فى انطباق هـذا التحريم على هؤلاء الأشخاص أن تثبت لهم صفاتهم المستمدة من وظائفهم وقت شراء الحقوق المتنازع فيها . أما اذا اشترى القاضى أو كاتب المحكمة حقاً متنازعا فيه قبل أن يعين فى وظيفته أو بعد اعتزاله اياها ، فان التحريم لا ينطبق عليه .

ومتى ثبتت فى الشخص الصفة التى تجعل التحريم منطبقاً عليه ، امتنع عليه الشراء سواء باسمه سافرا ، أو باسم غيره مستعاراً لحسابه .

على أن المنع من الشراء ليس حتى بالنسبة لهؤلاء الأشخاص عاما بل هو مقصور على نوع معين من الأموال .

١١٣ — *قصر التحريم على شراء أموال معينة* — اقتضت حكمة تشريع هذا النص الاستثنائى قصر التحريم الوارد فيه على شراء نوع من الأموال هو الذى يخشى فيه أن تعلق الشبهة برجال القضاء وأعوانهم المذكورين ، فاشترط المشرع فى انطباق هـذا النص أن يكون ما يشتريه القضاة وأعوانهم حقاً متنازعا فيه وأن يدخل النزاع المتعلق به فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها .

وفيما يتعلق بالشرط الأول يعتبر الحق متنازعاً فيه اذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام فى شأنه نزاع جدى ولو لم ترفع به الدعوى بعد (قارن المادة ٤٦٩ فقرة ثانية) . ويشترط فى انطباق النص أن تكون المنازعة فيه بهذا المعنى قائمة وقت البيع[1] . وتشترط محكمة النقض فوق

---

(١) نقض ٢٦ أبريل ١٩٣٤ المشار اليه فى الهامش التالى .

ذلك أن تكون المنازعة معروفة للمشترى وقت الشراء سواء أكانت مطروحة على القضاء أو لم تطرح بعد(١) .

ومتى توافر ذلك ، امتنع شراء الحق المتنازع فيه سواء كان هذا الحق شخصياً أو عينياً(٢) .

أما اذا لم يكن النزاع قد قام وقت البيع أو قام وفصل فيه نهائياً قبل البيع فلا يكون شراء القضاة أو أعوانهم للحق المذكور محرما(٣) .

ويعد اعتبار الحق المبيع متنازعاً فيه أو غير متنازع فيه مسألة قانونية يخضع فيها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض(٤) .

وفيما يتعلق بالشرط الثانى ، فان التحريم لا يسرى فقط على الحقوق المتنازع فيها التى يكون نظر النزاع المتعلق بها من اختصاص المشترى شخصياً

---

(١) نقض ٢٠ أبريل ١٩٣٤ المحاماة ١٤ — ١ — ٤٠٩ — ١٧٠ وقد جاء فيه « أن المادة ٢٥٧ مدنى (= ٤٧١ مدنى حالى) التى تحرم على القضاة وغيرهم شراء الحقوق المتنازع فيها تفيد عبارتها اشتراط أن يكون التنازع على الحق قائما بالفعل وقت الشراء ومعروفاً للمشترى، سواء أكان مطروحا على القضاء أم لم يكن طرح بعد . واذن فلا يكفى لابطال البيع أن يكون الحق المبيع قابلا للنزاع ومحتملا أن ترفع بشأنه دعوى . ومحكمة الموضوع اذ تفصل فى كون الوقائع التى أثبتتها وقررتها مؤدية الى اعتبار الحق متنازعا فيه ، انما تفصل فى مسألة قانونية هى توافر ركن من الأركان القانونية للمادة ٢٥٧ مدنى (٤٧١ مدنى حالى) أو عدم توافره . واذن ففصلها فى هذا خاضع لرقابة محكمة النقض » .

(٢) تراجع المذكرة الايضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤٧٢ .

(٣) استئناف مصر ١١ مايو ١٩٣٩ المجموعة ٤١ رقم ٨٢ وقد جاء فيه « أن كل نزاع يجد أو ينشأ بعد التعاقد لأسباب لم تكن ظاهرة ولا كانت فى حساب المتعاقدين وقت التعاقد لا يصح أن يكون حائلا دون البيع للأشخاص الذين ذكرهم القانون » .

(٤) نقض ٢٦ أبريل ١٩٣٤ المشار اليه ، وقرب فى هذا المعنى استئناف مصر ١٣ يونيه ١٩٣٣ المحاماة ١٤ — ٢ — ٢٤١ — ١٣٠ .

وانظر مع ذلك استئناف مصر ٢٩ نوفمبر ١٩٣٧ المحاماة ٨ — ٣٢٨ — ٢٤٢ حيث قضى بأن يبطل البيع الصادر لمحام ولو لم تكن العين المبيعة محلا لنزاع وقت البيع ، وانما يكفى توقع حصوله فى المستقبل .

بل يسرى على كل حق متنازع فيه اذا كان النزاع المتعلق به يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشر المشترى أعماله فى دائرتها .

وبناء على ذلك يمتنع على قاضى المحكمة الكلية أن يشترى حقوقا متنازعاً فيها يدخل النزاع المتعلق بها فى اختصاص هذه المحكمة ولو كان توزيع العمل بين دوائر المحكمة يجعل المشترى بعيداً كل البعد عن نظر هذا النزاع . وكذلك يمتنع على مستشارى كل محكمة من محاكم الاستئناف أن يشتروا حقوقاً متنازعاً فيها يكون النزاع المتعلق بها داخلا فى اختصاص تلك المحكمة ، ولو كان موضوع النزاع يجعل الحكم فيه غير قابل للاستئناف . ويمتنع على مستشارى محكمة النقض أن يشتروا أى حق متنازع فيه فى أى جهة من أنحاء الجمهورية لأن دائرة اختصاصهم تشمل بلاد الجمهورية كلها . ولكن يجوز لقاضى المحكمة الكلية أو لمستشار محكمة الاستئناف أن يشترى حقوقا متنازعا فيها اذا كان نظر النزاع المتعلق بها من اختصاص محكمة أخرى غير التى يعمل فى دائرتها .

ويرى الفقه أنه يجوز كذلك للقاضى الجزئى أن يشترى حقوقا متنازعا فيها مما يدخل فى اختصاص قاض جزئى آخر ، ولو كان القاضيان تابعين لمحكمة كلية واحدة(١) . غير أن محكمة استئناف مصر قضت بعكس ذلك اذ قررت أن وكلاء النيابة بالمحاكم الجزئية يعتبرون فى حكم من يؤدون وظائفهم فى دائرة المحكمة الكلية كلها ، لأن المحاكم الجزئية ليست محاكم مستقلة بذاتها بل هى محاكم متفرعة عن المحاكم الكلية الرئيسية ، ووكلاء النيابة والقضاة فيها معينون أصلا فى المحاكم الكلية ، ثم يندبون للعمل فى الجزئيات(٢) .

---

(١) أنظر فى هذا المعنى السنهورى ج ٤ نبذة ١١١ ص ٢١٥ .

(٢) استئناف مصر ١٣ يونيه ١٩٣٣ المحاماة ١٤–٢–٢٤١–١٣٠ وفى هذا المعنى لبيب شنب ص ٢٧٩و٢٨٠ .

وبالنسبة لأعضاء النيابة العامة يمتنع على كل منهم شراء الحقوق المتنازع فيها التى يكون نظرها من اختصاص المحكمة التى يعمل فيها ، وبناء عليه يمتد هذا الحظر فيما يتعلق بالنائب العام وكذلك المحامين العامين وأعضاء النيابة الذين يعملون أمام محكمة النقض الى الحقوق المتنازع عليها فى جميع انحاء الجمهورية[١] .

ولأن المحامى لايتقيد بالمرافعة أمام محكمة معينة ، بل يتقيد فقط بدرجات المحاكم وبالجهات القضائية ، فان المحامى المقبول للمرافعة أمام المحاكم الجزئية يمتنع عليه شراء الحقوق المتنازع فيها التى تدخل فى اختصاص أى محكمة جزئية من محاكم الجمهورية ، والمحامى المقبول للمرافعة أمام المحاكم الكلية يحرم عليه شراء أى حق متنازع فيه لأنه يجوز له أن يباشر عمله أمام جميع المحاكم الكلية . وهذه المحاكم فى مجموعها يشمل اختصاصها جميع أنحاء الجمهورية[٢] .

ورأى بعض الشراح أن تعميم المنع على هذا الوجه بالنسبة الى المحامين مجحف بحقوقهم فحاولوا التضييق منه ، وذهب بعضهم الى قصره على المحامى الذى يكون موكلا عن أحد المتنازعين فى الحق موضوع البيع[٣] . ورأى آخرون أن يقتصر المنع على المحامين الذين يترافعون عادة أمام المحكمة التى

---

(١) السنهورى ج ٤ ص ٢١٦ .

(٢) وقبل توحيد جهات القضاء بالغاء المحاكم الشرعية والمختلطة والملية ، كان مسلما أنه اذا كانت المنازعة من اختصاص المحاكم المدنية ، فان ذلك لايمنع المحامى الشرعى من شراء الحق المتنازع فيه . واذا كانت المنازعة من اختصاص المحاكم الشرعية ، جاز للمحامى أمام المحاكم المدنية اذا لم يكن مقيداً فى الوقت ذاته أمام المحاكم الشرعية أن يشترى الحق المتنازع فيه . (انظر فى هذا المعنى استئناف مصر ٢٠ يونيه ١٩٣٣ المحاماة ١٤ ـ ٢ ـ ٢٤٥ ـ ١٣١ وقد جاء فيه أنه اذا تمت اجراءات البيع ورسو المزاد أمام المحكمة المختلطة ولم يكن المحامى المشترى من المقررين أمامها ، صح البيع) .

(٣) فتحى زغلول ص ٢٢٦ .

يقع النزاع فى دائرة اختصاصها[1] . ولكن كثرة الشراح ترى ازاء عموم النص اطلاق التحريم بالنسبة الى المحامين ، وتطبيق النص فى كل الأحوال التى يكون فيها للمحامى حق المرافعة أمام المحكمة التى يدخل النزاع فى دائرة اختصاصها[2] .

١١٤ ـ استثناء : جواز استرداد عمال القضاء ما عليهم من حقوق متنازع فيها ـ تنص المادة ٤٦٩ على أنه « اذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل الى شخص آخر ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة اذا هو رد الى المتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع » ، أى أنها تجيز للمدين فى دين مدعى عليه به أن يسترد هذا الدين من مشتريه فيحل محل الدائن الأصلى قبل نفسه ، ويتخلص بذلك من هذا الدين فى مقابل ثمن هو فى الغالب أقل من مقدار الدين .

ولكن اذا كان المدين فى هذا الدين المتنازع فيه هو أحد عمال القضاء المذكورين فى المادة ٤٧١ متقدمة الذكر ، أيجوز له ان يستند الى المادة ٤٦٩ لاسترداد الدين من مشتريه ؟ أم يعتبر هذا الاسترداد شراء لحق متنازع فيه ، فيحرم عليه بالشروط المنصوص عليها فى المادة ٤٧١ ؟

قد يتبادر الى الذهن أن الاسترداد المذكور يعتبر شراء لحق متنازع فيه يقع تحت المنع الوارد فى المادة ٤٧١ ، لأنه اذا كانت المادة ٤٦٩ قد أجازته ، فان حكمها لعمومه يكون منسوخا فيما يتعلق بعمال القضاء بحكم المادة ٤٧١ لخصوصه ، ولأن حكم المادة ٤٦٩ قصد به مراعاة مصلحة المدين فى حين أن حكم المادة ٤٧١ قصدت به المصلحة العامة ، وهى أولى بالتغليب من مصلحة المدين الخاصة .

---

(١) حلمى عيسى نبذة ٩٠٢ ، قرب أيضا اسماعيل غانم ص ٤٢ و ٤٣ ، لبيب شنب نبذة ٢٣١ .

(٢) السنهورى جـ ٤ ص ٢١٦ ، الهلالى وحامد زكى ص ٢٢٥ هامش ١ ، أنور سلطان نبذة ٤٣٣ ص ٤١٣ ، البدراوى نبذة ١٢٥ ص ١٨٤ ، منصور نبذة ١٢٣ ص ٢٨٤ .

غير ان هذا الراى مردود بأن الحكمة التى من أجلها تقرر الاستثناء المنصوص عنه فى المادة ٤٧١ هى منع عمال القضاء من المضاربة فى الحقوق المتنازع فيها ومن استغلال نفوذهم بشأنها أو منع تعرضهم للشبهات فيما يتعلق بها . أما اذا كان رجل القضاء مدعى عليه بدين ينازع فيه ثم بيع هذا الدين بثمن معين ، وأراد رجل القضاء أن يضع حدا لهذه المنازعة فى مقابل وفائه الثمن الذى دفعه مشترى هذا الحق، فان هذا أبعد ما يكون عن فكرة المضاربة واستغلال النفوذ ولا محل فيه لأية شبهة ، فلا معنى لتحريمه عليه[1].

وبهذا الراى الأخير أخذ واضع المذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح التقنين المدنى حيث قال ان حكم بيع الحق المتنازع فيه من حيث جواز الاسترداد قد يتدخل فى حكم هذا البيع من حيث تحريمه عل عمال القضاء . فاذا باع الدائن حقا متنازعا فيه لأحد عمال القضاء ، كان البيع باطلا بطلانا مطلقا كما تقدم ، ولا يكون للمدين فى هذا البيع الباطل ان يتخلص من الدين بدفع الثمن والمصروفات والفوائد . اما العكس فجائز ، ويكون لعامل القضاء الذى ينازع فى دين أن يتخلص منه اذا باعه الدائن » .

١١٥ — (ثانيا) *منع تعامل المحامى مع موكله فى الحق المتنازع فيه* ـ تنص المادة ٤٧٢ على أنه لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم فى الحقوق المتنازع اذا كانو اهم الذين يتولون الدفاع عنها، سواء أكان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار ، والا كان العقد باطلا». ويعتبر هذا النص تطبيقا خاصا لبيع الحق المتنازع فيه لعمال القضاء . وقد أورده المشرع لأنه رأى فيه التطبيق الكثير الوقوع فى العمل للمنع المنصوص عنه فى المادة السابقة ، ولأنه أراد أن ينتهز فرصة تحريم شراء المحامين الحقوق المتنازع فيها التى يتولون هم الدفاع عنها ليحرم عليهم كل نوع من أنواع التعامل فى هذه الحقوق ، لا البيع والشراء

(١) فى هذا المعنى السنهورى ج ٤ ص ٣١٣ نبذة ١١٠ ، البدراوى نبذة ١٢٨ ، منصور نبذة ١٢٤ ص ٢٨٣ ، لبيب شنب نبذة ٢٣٢ ص ٢٨٢ .

فقط . فالنص يحرم تعامل المحامى مع موكله فى الحق المتنازع فيه اذا كان هو الذى تولى الدفاع عنه ، سواء أكان التعامل بالبيع أم بغيره ، فلا يجوز للمحامى أن يشترى من موكله الحق المتنازع فيه ، ولا أن يشاركه فيه ، ولا أن يتفق معه على أن يتولى هو مباشرة التقاضى بشأن هذا الحق بمصروفات من عنده فى مقابل نصيب معين مما يحكم به Pacte de quota-litis .

وكما لا يجوز للمحامى أن يتعامل فى ذلك باسمه ، كذلك لا يجوز له أن يتعامل فيه باسم مستعار(١) .

والغرض من هذا التحريم أن لا يستغل المحامى علمه لايهام موكله بضعف مركزه فى قضيته ، فيحصل منه على مزايا كبيرة تفوق ما يستحقه من أتعاب عادلة فى خدمة القضية . ولذلك لا يكون ثمة مانع ، اذا ما انتهى النزاع وصدر الحكم لصالح الموكل ، من أن يتعامل المحامى مع موكله فى الحق الذى كان متنازعا فيه .

واذا وقع اتفاق المحامى مع موكله باطلا بسبب هذا التحريم ، لم يمنع ذلك المحامى من أن يطلب الى المحكمة تقدير أتعابه تقديراً عادلا بقطع النظر عن ذلك الاتفاق الباطل .

---

(١) ويجب أن يبين الحكم أن الشخص الذى حصل التعاقد باسمه كان شخصاً مسخراً لحساب المحامى ، ولا يكفى أن يكون التعاقد تم باسم ولدى المحامى (نقض مدنى ١٩ مارس ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ـ٣٨١ـ٦٣ وقد جاء فيه قوله : « تحظر المادة ٤٧٢ من القانون المدنى على المحامين التعامل مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها اذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار والا كان العقد باطلا ـ فاذا كان الثابت من عقد البيع أن الطاعن قد اشترى العقار المبين فيه بصفته وليا طبيعيا على ولديه القاصرين وهما ليسا ممن تضمنهم الحظر الوارد بالمادة المذكورة ، فلا يكون العقد باطلا الا اذا ثبت أنهما كانا اسما مستعاراً لوالدهما الطاعن الأول . فاذا كان الطاعنان قد تمسكا أمام محكمة الاستئناف بأن الحكم المستأنف الذى أيده الحكم المطعون فيه لم يبين ما اذا كان اسم المشترين مستعاراً من عدمه ، وكان ذلك دفاعا جوهريا يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، فان الحكم المطعون فيه اذ أغفل الرد على هذا الدفاع وقضى بالبطلان دون التثبت من أن المشترين كانا اسما مستعاراً للطاعن يكون مشوبا بالقصور والخطأ فى تطبيق القانون » .

١١٦ — (ثالثاً) حظر شراء أطيان زراعية ترفع مجموع ما يملكه المشترى من الأطيان الى أكثر من مائة فدان — نص المرسوم بقانون رقم ١٩٥٢/١٧٨ بشأن الاصلاح الزراعى الصادر فى ٩ سبتمبر ١٩٥٢ فى مادته الأولى على أن «لا يجوز لأى فرد أن يمتلك من الأراضى الزراعية[١] أكثر من مائتى فدان، وكل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلا ولا يجوز تسجيله». ثم خفض هذا الحد الأقصى للملكية الزراعية الى مائة فدان بالقانون رقم ١٢٧ / ١٩٦١ . ومؤدى ذلك أن كل من كان يملك فيما بين سنة ١٩٥٢و١٩٦١ مائتى فدان فأكثر ، أو منذ سنة ١٩٦١ مائة فدان فأكثر يحظر عليه أن يشترى أطيانا زراعية أخرى ، ويعتبر هذا الحظر متعلقا بالنظام العام[٢] ، فيقع كل عقد مخالف له باطلا من تلقاء ذاته ودون حاجة الى نص خاص فى قانون الاصلاح الزراعى على هـذا البطلان طبقا لنص المادة ١٣٥ مدنى التى تقضى بأنه اذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا .

فاذا كان المشترى يملك قبل الشراء أقل من الحد الأقصى المشار اليه وتعاقد بالشراء على قدر من الأطيان يرفع مجموع ما يملكه عن ذلك الحد الأقصى، لحق البطلان العقد فيما يجاوز الحد الأقصى ، وصح العقد فيما دون ذلك وفقاً للمادة ١٤٣ مدنى ، الا اذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا، فيبطل العقد كله .

هذا هو حكم حظر الشراء فيما بعد صدور كل من القانونين المذكورين .

---

(١) أنظر فيما يتعلق بتعيين ما لا يعتبر أرضا زراعية فى تطبيق أحكام هذا القانون ما سيجىء فى ص ٢٠٤ هامش ١ .

(٢) نقض مدنى ٢٤ نوفبر ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ — ٧٩٨ — ٨٨ .

ولكن ما حكم العقود التي أبرمت قبل سريان هذا الحظر اذا كان يترتب على اعمالها مجاوزة الحد الاقصى الذى عينه القانون بعد ابرامها .

ظاهر أنه اذا كانت تلك العقود قد سجلت وترتب عليها انتقال الملكية قبل سريان الحظر الجديد ، فانه لا يمكن أن يلحقها البطلان لأن الحظر المذكور لم يجعل له القانون أثراً رجعياً . غير أن القدر الزائد عن الحد الأقصى للملكية الزراعية يقع تحت حكم الاستيلاء المنصوص عليه فى المادة ٣ من القانون ، فتستولى جهة الاصلاح الزراعى على قدر من الأطيان المملوكة لهذا المشترى يوازى الزيادة عن الحد الأقصى المقرر قانونا وتطبق على هذا الاستيلاء أحكام قانون الاصلاح الزراعى .

أما العقود التى أبرمت ولم تسجل قبل سريان الحظر الجديد ، فقد ثار بشأنها خلاف ، أتعتبر عقوداً صحيحة طالما أنها قد تمت فى وقت كان ابرامها فيه مباحا وطالما أن القانون لم ينص على سريان الحظر بأثر رجعى ، وبناء على ذلك يجوز تسجيلها ويكون حكم ملكية المشترى فيها حكم الحالة السابقة أى التى يكون فيها المشترى قد تعاقد وسجل عقده قبل سريان الحظر[1]؟

---

(١) أخذت بهذا الرأى الأول محكمة استئناف القاهرة بتاريخ ١١ أبريل ١٩٥٧ فى الاستئناف رقم ٣٠٥ سنة ٧٣ ق المرفوع من عبد العال التونسى ضد شركة كوم أومبو (يراجع ضمن نقض مدنى ٢٥ أبريل ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ — ٦٢٠ — ٨٧) .

ولوحظ أن الأخذ بهذا الرأى قد يفتح الباب واسعا للهرب من حكم الاستيلاء المقرر فى المادة ٣ من القانون ، اذ يتيح لمن كانوا يملكون أكثر من الحد الأقصى ابرام عقود بيع تالية لسريان الحظر وتأريخها بتاريخ سابق عليه ، فيسمح لهم ذلك بتسجيل تلك العقود وبالنزول بملكيتهم من هذا الطريق عن الحد الأقصى المسموح به ، فيفلتون من حكم الاستيلاء المشار اليه . وتفاديا لذلك ذهب القائلون بهذا الرأى الى وجوب قصره على العقود التى ثبت تاريخها بوجه رسمى قبل ١٩٥٢/٧/٢٣ ، واستندوا فى ذلك الى نص المادة ٣ فقرة ٣ التى تقول ولا يعتد فى تطبيق أحكام هذا القانون :

(١) بتصرفات المالك ولا بالرهون التى لم يثبت تاريخها قبل يوم ٢٣ يوليه ١٩٥٢ ،

وقالوا انه يؤخذ من هذا النص بطريق مفهوم المخالفة أنه يعتد فى تطبيق أحكام هذا القانون بتصرفات المالك التى ثبت تاريخها قبل ١٩٥٢/٧/٢٣ .

غير أن هذا القيد الذى أريد به تقييد ذلك الرأى الاول مردود ، بأن حكم المادة ٣ =

أم تبطل هذه العقود ويمتنع تسجيلها أياكان تاريخها ما دامت لم تسجل قبل سريان الحظر الجديد ؟

والراجح هو هذا الرأى الأخير باعتبار أن الحظر الجديد يتناول آثار هذه العقود وأن القاعدة فى شأن القوانين الجديدة المعدلة لآثار العقود أنها متى كانت متعلقة بالنظام العام تسرى من وقت العمل بها[1] على آثار

= الذى ورد فيه هذا القيد حكم مختلف ومتميز ومستقل كل الاستقلال عن حكم المادة الأولى الذى ورد فى صيغة عامة مطلقة من كل قيد ، فالأول خاص بالاستيلاء على ما يجاوز الحد الاقصى وما يعتد به وما لا يعتد به فيه من تصرفات صحيحة ومسجلة سبق أن ترتب عليها انتقال الملكية وقت صدور القانون ونفاذ حكم الاستيلاء عليها حيث أراد المشرع أن يطبق هذا الحكم حتى على الملكيات التى تصرف فيها أصحابها بعقود مسجلة فى الفترة ما بين ٢٣/٧/١٩٥٢ وتاريخ صدور قانون الاصلاح الزراعى فى ٩ سبتمبر ١٩٥٢ ، فنص على أن لا يعتد بهذه التصرفات فى تطبيق حكم الاستيلاء ، أى أن هذه الاطيان تعتبر فى هذا الشأن باقية على ملك صاحبها الأصلى (البائع) وتدخل فى حساب الحد الأقصى المسموح له به ، الا اذا ثبت أن التعاقد عليها بالبيع قد تم فعلا قبل قيام الثورة فى ٢٣/٧/١٩٥٢ ، فتنتفى شبهة حصوله بقصد التهرب من حكم الاستيلاء ، ويتعين الاعتداد به .

أما العقود غير المسجلة قبل صدور قانون الاصلاح الزراعى ، فلأنها لم تكن نقلت الملكية من البائعين بها الى المشترين ، فلم يكن ثمة محل للاعتداد بها فى حساب الحد الاقصى للملكية الذى حدده هذا القانون أياكان تاريخها وذلك طبقا للقواعد العامة ، وبالتالى لم يكن ثمة محل لتقييد عدم الاعتداد بها بوجوب ثبوت تاريخها قبل ٢٣/٧/١٩٥٢ ، الأمر الذى يجعل محل منطوق نص المادة ٣ المشار اليه هو العقود المسجلة دون غيرها والقيد الوارد على هذا المحل لتقرير المنطوق، أى حكم عدم الاعتداد، هو أن تكون تلك العقود ليس لها تاريخ ثابت قبل تسجيلها وسابق على ٢٣/٧/١٩٥٢ ، فيكون المفهوم المخالف لحكم هذه المادة هو العقود المسجلة التى لها تاريخ ثابت قبل ٢٣/٧/١٩٥٢ وحكمه هو الاعتداد بها فى حساب الحد الأقصى للملكية . وظاهر أنه يتناول أمراً مختلفا كل الاختلاف عما يتناوله حكم المادة الأولى التى نصت على بطلان العقود التى ترفع ملكية المشترى لأكثر من الحد الأقصى وعلى عدم جواز تسجيلها .

(١) انظر كتابنا فى شرح القانون المدنى ج ١ فى المدخل وشرح الباب التمهيدى ط ١٩٦٢ نبذة ١١٠ ص ٢٢٣ .

العقود القائمة(٢) .

---

(٢) يضاف الى هذه القاعدة العامة اعتبار خاص بقانون الاصلاح الزراعى بالذات ، ذلك أن هدف هذا القانون الحد من الملكية الزراعية وأن الشارع عندما نص فى الفقرة ٢٨ من المادة الأولى على بطلان العقود التى تؤدى الى مخالفة هذا الحد وعلى عدم جواز تسجيلها قد ربط تحقيقا لهذا الهدف بين العقود ذاتها وبين انتقال الملكية بموجب تسجيل هذه العقود ، فنظر الى العقد الذى يراد به نقل الملكية والى الاجراءات التالية له اللازمة لنقلها فعلا حتى تمام التسجيل باعتبارها كلا لا يتجزأ من حيث انها عملية قانونية ناقلة للملكية ، لأن الذى يعنى المشرع فى هذا القانون بالذات هو ثبوت الملكية فعلا لا مجرد التعاقد عليها .

وهذا النظر وحده هو الذى اقتضى أن ينص الشارع فى الفقرة الثانية من المادة الأولى على بطلان العقود التى تؤدى الى مخالفة مبدأ التحديد وعلى عدم جواز تسجيلها ، لأن هذا النص لا يحتاج اليه فيما يتعلق بالعقود الجديدة التى تبرم بعد صدور القانون ، اذ يمكن استخلاص حكمه فى شأنها بمجرد ثبوت تعلق مبدأ تحديد الملكية بالنظام العام ، وانما وجدت الحاجة الى هذا النص نظراً لرغبة الشارع فى سريان حكمه على جميع العقود التى يكون قد بدىء فى الاتفاق عليها أو فى اتخاذ الاجراءات اللازمة لاحداث أثرها فى نقل الملكية قبل صدور القانون طالما أنها لم تنته الى نتيجتها من حيث نقل الملكية الى حين صدور ذلك القانون ، فنص على بطلانها وعلى عدم جواز تسجيلها .

وقد جاءت عبارة المشرع صريحة قاطعة فى هذا المعنى اذ انه لم يقتصر على النص على عدم جواز تسجيل هذه العقود ، الأمر الذى كان يمكن تأويله بأنه اعتبرها صحيحة واكتفى بجعل تنفيذها مستحيلا ، مما يؤدى الى انفساخها بقوة القانون . بل نص صراحة على بطلانها ، الأمر الذى يدل على أنه نظر اليها فى هذا القانون بالذات باعتبارها عقودا ناقلة للملكية تمر بعدة مراحل حتى يكتمل لها وجودها الناقل للملكية باجراء التسجيل .

وقد افصح المشرع نفسه عن هذا القصد عندما عدل نص المادة الأولى المشار اليها بالقانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٥٨ ، فقد أضاف هذا التعديل الى النص الأصلى وصف العقد بأنه ناقل الملكية ، فأصبح نص الفقرة الثانية من المادة الأولى بعد التعديل كما يلى :

« وكل تعاقد ناقل للملكية يترتب عليه مخالفة هذه الأحكام يقع باطلا ولا يجوز تسجيله » .

يبين من استبدال المشرع عبارة « كل تعاقد ناقل للملكية » بعبارة « كل عقد » أنه أراد زيادة ايضاح مايقصده بالعقد الذى قرر فى هذا النص بطلانه وعدم جواز تسجيله ، وأنه لا يعنى التوافق بين الارادتين فحسب ، ذلك التوافق الذى يتم فى لحظة واحدة هى لحظة اقتران القبول بالايجاب ، وانما يعنى التعاقد الناقل للملكية بأكمله فى أى مرحلة من مراحل تكوينه طالما انه لم يكتمل له — وقت صدور قانون الاصلاح الزراعى — وجوده الناقل للملكية .

وكان الهدف الذى توخاه المشرع من اصدار قانون الاصلاح الزراعى — وهو تحديد الملكية الزراعية ابتداء من تاريخ العمل بهذا القانون — هو ذاته الذى اقتضى النظر الى العقد

وقد أخذت بذلك محكمة النقض عند ما قررت فى حكمها الصادر فى ١٤ نوفمبر ١٩٥٧ أن حكم الشفعة يأخذ حكم العقد، فقد كان طالب الشفعة قد رفع دعواه فى سنة ١٩٥٠ ليأخذ بالشفعة صفقة تمت بعقد مسجل فى مارس ١٩٥٠ . وصدر قانون الاصلاح الزراعى فى سنة ١٩٥٢ فى أثناء نظر دعوى الشفعة فى الاستئناف ، فقضت محكمة الاستئناف برفض طلب الشفعة تأسيساً على أن المستأنف يملك أكثر من ألف فدان وأن قانون الاصلاح الزراعى لا يجيز له الاحتفاظ بأكثر من مئتى فدان وأن المستأنف يهدف الى الحصول على حكم بالشفعة يحله محل المشترى فى الصفقة وأن مثل هذا الحكم يكون مخالفاً لقانون الاصلاح الزراعى الذى يقضى ببطلان كل عقد يترتب عليه مخالفة مبدأ تحديد الملكية الزراعية الذى يعد من النظام العام . ولما طعن فى هذا الحكم رفضت محكمة النقض الطعن وأيدت الحكم المطعون فيه وقالت فى تأييده : « ان ذلك القانون (قانون الاصلاح الزراعى) قد وضع بما نص عليه فى المادة الأولى منه قاعدة هى من قواعد النظام العام ، ومن ثم فان أحكام هذا القانون تسرى على الوقائع السابقة على صدوره ما دام أنه لم يصدر فى خصوصها حكم نهائى . . . وأن حكم الشفعة وان كان سبباً مستقلا لكسب الملكية الا أنه يأخذ حكم العقد ، اذ بحكم الشفعة تنصرف آثار عقد البيع الى الشفيع ، لأن الملكية فى حالة الحكم بالشفعة تكون قد اكتسبت بعمل ارادى من جانب الشفيع ، وهو ما هدف المشرع

= الناقل للملكية فى مختلف مراحل تكونه — طالما انه لم يتم تسجيله — باعتباره كلا لا يتجزأ ولازال فى دور التكوين حتى أدركه قانون الاصلاح الزراعى فقرر بطلانه وعدم جواز تسجيله.

ولذلك جاءت عبارة الفقرة الثانية من المادة الأولى فى صيغة مطلقة شاملة كل العقود الناقلة للملكية مادام لم يكتمل وجودها الناقل للملكية ، أى مادام لم يتم تسجيلها ، سواء منها مابدىء فى انشائه بعد صدور القانون وما كان فى دور التكوين قبل ذلك ، أيا كانت المرحلة التى وصل اليها هذا النوع من العقود وقت صدور القانون ، وأياً كان تاريخ البدء فى تكوينه أو تاريخ أى مرحلة من المراحل التى يمر بها . ومتى كان النص قد ورد مطلقا فلا يسوغ الاجتهاد فى تخصيصه ، وبخاصة اذا كان اطلاقه قد اقتضته حكمة التشريع ذاتها .

الى تحريمه اذا كان الشفيع يملك قبل الحكم بالشفعة أكثر من مائتى فدان »[1] .

١١٧ — (رابعا) حظر شراء الأجانب الأراضى الزراعية والصحراوية عموما أو العقارات الواقعة بمناطق الحدود — صدر القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ بمنع تملك غير المصريين، سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين أم اعتباريين، الأراضى الزراعية وما فى حكمها من الأراضى القابلة للزراعة والأراضى الصحراوية بالجمهورية العربية المتحدة ، وكانت أحكام هذا القانون لا تسرى بالنسبة للأراضى التى تملكها الأجانب قبل العمل به ، وكان ذلك القانون ذاته قد نص فيه على استثناء عدة حالات أجيز فيها للأجانب تملك الأراضى الزراعية حتى بعد العمل بأحكامه ، وكان هذا وذاك سببا فى اضعاف أثر هذا القانون وعدم تحقيق الغرض منه كاملا .

ورغبة فى تلافى هذا النقص واستكمالا لسيادة الدولة وتحقيقا لسياستها الاشتراكية فى توزيع أكبر قدر من الأراضى الزراعية على صغار الفلاحين لرفع مستوى معيشتهم صدر القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ على غرار قانون الاصلاح الزراعى ، فقرر مبدأين أساسيين هما : (١) حظر تملك الأجانب الأراضى الزراعية وما فى حكمها ،(٢) أيلولة الأراضى الزراعية وما فى حكمها المملوكة الى أجانب وقت العمل بهذا القانون الى الدولة ، وحل هذا القانون محل القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ .

وقد نصت على الحظر المشار اليه المادة الأولى من القانون الجديد حيث قضت بأن « يحظر على الأجانب سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين أم اعتباريين تملك الأراضى الزراعية وما فى حكمها من الأراضى القابلة للزراعة والبور والصحراوية

---

(١) نقض مدنى ١٤ نوفمبر ١٩٥٧ مجموعة احكام النقض ٨ — ٧٩٨ — ٨٨ .

فى الجمهورية العربية المتحدة ، ويشمل هذا الحظر الملكية التامة كما يشمل ملكية الرقبة أو حق الانتفاع » .

وظاهر من أهداف هذين القانونين أن الحظر الذى نصا عليه يتعلق بالنظام العام، فكل اتفاق مخالف له يقع باطلا بطلاناً مطلقاً لمخالفته الحظر المشار اليه ، وبناء على ذلك أصبح لا يجوز لغير المصرى أن يشترى منذ تاريخ العمل بالقانون رقم ١٩٥١/٣٧ أرضاً زراعية أو ما فى حكمها من الأراضى القابلة للزراعة والأراضى الصحراوية فى الجمهورية العربية المتحدة ولو اقتصر على شراء ملكية الرقبة أو حتى حق الانتفاع وحده. فان اشترى شيئا من ذلك كان عقده باطلا ولا يترتب عليه أى أثر .

غير أنه يلاحظ أن هذا الحظر لا يسرى على الأراضى الداخلة فى نطاق المدن والبلاد التى تسرى عليها أحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ بشأن تقسيم الأراضى المعدة للبناء (وهى المدن والقرى التى تسرى عليها لائحة التنظيم) اذا كانت غير خاضعة لضريبة الأطيان اذ أن هذه الأراضى لا تعتبر أراضى زراعية فى تطبيق هذا القانون (المادة الأولى فقرة ثانية من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ السالف ذكره[1]) ، كما أنه لا يسرى على الفلسطينيين

---

(١) والمقصود بذلك كما جاء فى المذكرة الايضاحية لهذا القانون الأراضى غير المستغلة فى الزراعة فعلا قبل العمل بأحكام القانون اذا كانت داخلة فى نطاق المدن والبلاد الخاضعة لأحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ وغير خاضعة لضريبة الأطيان .

ولم يرد فى قانون الاصلاح الزراعى مقابل لهذه الفقرة ، ولكن صدر فى هذا الشأن قرار تفسير تشريعى للمادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ١٩٥٢/١٧٨ يقرر أنه لا تعتبر أرضا زراعية فى تطبيق أحكام قانون الاصلاح الزراعى الأراضى الداخلة فى كوردون البنادر والبلاد اذا كانت قد صدرت مراسيم بتقسيمها طبقاً لاحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ قبل صدور قانون الاصلاح الزراعى .

وقررت اللجنة العليا للاصلاح الزراعى (فى لجنتها القضائية) أن قضاء هذه اللجنة قد استقر على أن التفسير التشريعى المشار اليه غير جامع لكل الحالات التى تعتبر فيها الأرض من أراضى البناء التى تخرج عن مدلول المادة الأولى من القانون رقم ١٩٥٢/١٧٨ وأن اعتبار=

. . . .

=الأرض أرضا زراعية أو من أراضي البناء لم يجعل له القانون معيارا محددا قائماً بذاته سواء أكان هذا المعيار واقعياً أو قانونياً بل ترك كل حالة ينبيء عنها موقعها فى الطبيعة وتفصح عن حقيقتها ظروفها وما يكفلها من معالم وبيانات تجعل لها مظهر أراضي البناء أو الاراضي الزراعية، وأن هذه اللجنة ترى أن تستكشف عما يدل على طبيعة الأرض مستهدية فى ذلك بما يتفق مع واقع الحال الذى لا يختلف فيه النظر ولا يتأرجح فيه الرأى . وفى سبيل توضيح الامر ترى اللجنة التفرقة بين القرى وبين المدن والبنادر .

فما لا يحتمل الجدل أن أراضي القرى هى فى الأصل من الأراضي الزراعية وأن مايبنى فوقها من المساكن لم يكن الا لايواء الفلاحين والزراع الذين يقومون على خدمة هـذه الأراضى فلا يمكن أن يعد من أراضي البناء فيها الا الاراضي التى تضم المساكن فعلا أو الأراضى الملحقة بها والمعدة لخدمتها أو الأراضى الفضاء التى تقع فى وسط هذه المساكن ولا يقوم أى شك فى أنها مخصصه للبناء . وأما غير ذلك فهى من الاراضي الزراعية أخذا بالاصل فيها .

وأما المدن والبنادر فانها تضم اخلاطا من موظفى المصالح الحكومية على اختلاف أنواعها والشركات والتجار وعمال المصانع والمزارعين الذين تركوا القرية لتربية أولادهم فى المعاهد والمدارس التى لا توجد فى القرى أو لأى سبب آخر ، فهم فى مجموعهم لا يقومون على خدمة الأراضى الزراعية فى الأعم من الاحوال. وهذه البلاد تقوم على شئون التنظيم فيها جهة حكومية خاصة وهى تتوقع تكاثف السكان وازديادهم المضطرد فتجعل للمدينة أو البندر كردونا أى حدا متوقعاً أن تصل اليه المساكن فى فترة تقصر أو تطول وقد تبلغ فى طولها عشرات السنين ، فلا يمكن أن يعد مدى هذا الحد من أراضى البناء بل يبقى على ماهو عليه من الاراضى الزراعية حتى يصل اليه العمران . ولكن الذى يفرق بين أراضى البناء والأراضى الزراعية هو حد المساكن الذى وصل اليه عمران البندر . وما وراءه ويتصل بالأراضى الزراعية فهو منها وان كان داخلا فى حدود الكردون . ومن المشاهد أن الأبنية المستحدثة فى كثير من المدن والبنادر تتجه الى نواح يتخللها الهواء الطلق والبعد عن مواقع المصانع والمعامل والأحياء القديمة الضيقة أو القريبة من المصالح الحكومية وينشيء أحياء جديدة على مسافات متفاوتة بعداً أو قربا من الأبنية القديمة وهى فى كل ذلك لا تخرج عن كردون المدينة وتصل اليها جميع المرافق وتتخللها الطرقات المرصوفة التى تتولى سلطة التنظيم تنظيفها نهاراً وانارتها ليلا . وهذه الأحياء الجديدة فى زحفها شرقا أو غربا تزيد عن حد المساكن وتجعل الأراضى التى بينها وبين الأحياء القديمة من أراضى البناء ، وعلى ذلك فانه يعد من أراضى البناء فى المدن والبنادر:

(أولا) الاراضى المقامة عليها المساكن فعلا .

(ثانياً) الأراضى التى امتد اليها العمران داخل حد الكردون .

(ثالثاً) الأراضى التى تقع مابين الاحياء القديمة والأحياء الجديدة مادامت الهيئة القائمة على التنظيم قد تولت شئون الطرق والشوارع التى تصل مابينها حتى بدت المدينة بهذا الوضع كتلة واحدة ، وعلى ذلك فان جميع الاراضى التى تقع على جانبى هذه الطرق وتتوسط أحياء المدينة المختلفة تعد من أراضى البناء حتى لو كانت مشغولة بالزراعة لأن ذلك يعد من طرق

حيث نصت المادة الأولى فقرة ثالثة من القانون ١٥/١٩٦٣ على استثنائهم مؤقتا من هذا الحظر .

ولأن كلا من القانونين رقم ٣٧/١٩٥١ و ١٥/١٩٦٣ قد حظر تملك الأجانب أرضا زراعية من تاريخ العمل به ، فانه لا يقتصر على منع تعاقد الأجانب بالشراء فحسب بل يمتد أثره الى منع تسجيل عقود الشراء التى أبرمت صحيحة قبل العمل به اذا لم يكن قد تم تسجيلها ، وبالتالى يصبح تنفيذها مستحيلا استحالة تامة ، فتنفسخ بمجرد صدور القانون قاضيا بحظر انتقال الملكية الى المشترى الأجنبى ، ويتعين اعادة المتعاقدين الى الحاله التى كانوا عليها قبل

= الاستغلال الوقتية التى لا تتعارض مع طبيعة الأرض، كما لا يزيل هذه الحقيقة عنها أنه لم يصدر قرار بتقسيمها وذلك لأن التقسيم غير واجب الا عند تجزئة هذه الأرض لبيعها لاقامة مبانى عليها ، وقد لا يرغب المالك لسبب أو لآخر بيع هذه الأراضى فى وقت معين وذلك طبقاً للمادة الأولى من القانون ٥٢ لسنة ١٩٤٠ (اللجنة العليا للاصلاح الزراعى ٢٥ يونيه ١٩٥٩ المحاماة ٤٠ — ١٠٩٥ — ٣٢٥) .

يبين من ذلك أن مسألة تعيين الأراضى التى لا تعتبر أراضى زراعية فى تطبيق قانون الاصلاح الزراعى ، سواء من حيث تحديد أجرتها أو مدة اجارتها أو حساب الحد الاقصى للملكية الزراعية أو قواعد الاستيلاء ، قد مرت بثلاث مراحل : الأولى بدأت بقرار التفسير التشريعى المشار اليه فيما تقدم وفيها اشترط لاخراج الأرض من أحكام قانون الاصلاح الزراعى . (١) أن تكون داخلة فى كردون المدن والبنادر ، (٢) وأن يكون صدر بتقسيمها قبل صدور قانون الاصلاح الزراعى مرسوم طبقاً لأحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ .

ثم رأت اللجنة العليا للاصلاح الزراعى فى حكمها الصادر فى ٢٥ يونيه ١٩٥٩ أنه لا يلزم أن يكون قد صدر مرسوم بتقسيم الارض قبل صدور قانون الاصلاح الزراعى وأنه يكفى أن تكون الأرض قد أقيمت عليها المساكن فعلا أو أن تكون داخلة فى حدود الكردون وامتد اليها العمران أو تخطاها بحيث أصبحت تفصل بين أحياء قديمة وأخرى جديدة وتولت الهيئة القائمة على التنظيم شئون الطرق والشوارع التى تصل ما بينها .

واخيراً استقر راى المشرع فى القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ الخاص بعدم تملك الأجانب أراضى زراعية ، على الاكتفاء فى اعتبار الأرض غير زراعية بأن تكون داخلة فى حدود كردون المدن والبلاد الخاضعة للائحة التنظيم وغير خاضعة لضريبة الأطيان أى دون حاجة الى أن يكون صدر بشأنها مرسوم تقسيم ولا الى أن يكون امتد اليها العمران فعلا .

وهذا التحديد يمكن اتباعه فى تطبيق أحكام كل من قانون الاصلاح الزراعى وقانون حظر تملك الأجانب أراضى زراعية لاتحاد العلة فيهما .

التعاقد ، فيرد البائع الى المشترى ما قد يكون قبضه من الثمن[1] . أما العقود التى تم تسجيلها لصالح المشترى الأجنبي ، فتكون قد نقلت اليه الملكية وتؤول هذه الملكية منه الى الدولة وفقا للمادة ٢ من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ ، ويستحق عنها تعويضا وفقا للمادتين ٤و٥ من هذا القانون ، ويبقى ملتزما ازاء البائع اليه بباقى الثمن ان لم يكن وفاه كله .

ولأن القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ قد نص فى مادته الثانية على أن تؤول الى الدولة ملكية الأراضى الزراعية وما فى حكمها من الأراضى القابلة للزراعة والبور والصحراوية المملوكة للأجانب وقت العمل بهذا القانون بما عليها من المنشآت والآلات الثابتة وغير الثابتة والأشجار وغيرها من الملحقات الأخرى المخصصة لخدمتها.فان مقتضى ذلك حظر بيع الأجنبى الأراضى المملوكة له فى تاريخ العمل بهذا القانون ، وبالتالى حظر شرائها على أى شخص ولو كان مصريا ، فيقع تصرف الأجنبى فى تلك الأراضى باطلا ولو لمصرى لأنه يكون تصرفا منه فيما لايملك بل تصرفا واردا على مال أصبح مملوكا للدولة بمقتضى قانون متعلق بالنظام العام .

فاذا كان الأجنبي قد تصرف الى مصرى بعقد لم يسجل قبل صدور الحظر المذكور ، فان كان ذلك قبل صدور القانون رقم ٣٧ / ١٩٥١ ، جاز تسجيل التصرف لصالح المصرى لأن القانون المذكور أبقى الملكية للأجنبى

(١) يلاحظ الفرق فى هذا الشأن بين نص القانونين رقم ٣٧/١٩٥١ ورقم ١٥/١٩٦٣ ونص قانون الاصلاح الزراعى حيث أن الأولين اقتصرا على حظر التملك فحسب ، الأمر الذى يستتبع منع تسجيل العقود الناقلة للملكية لصالح الأجنبي التى أبرمت قبل صدور أى منهما فى حين أن الثانى نظر الى العقد الناقل للملكية والى اجراءات تسجيله باعتبارها كلا لايتجزأ ، فنص صراحة على أن كل عقد ناقل للملكية من شأنه أن يزيد الملكية عن الحد الأقصى يقع باطلا ولا يجوز تسجيله.ويترتب على ذلك أن العقد غير المسجل قبل العمل بقانون الاصلاح الزراعى يبطل ويمتنع تسجيله . أما العقد غير المسجل قبل العمل بأى من القانونين ٣٧ / ١٩٥١ و١٥/ ١٩٦٣ لايبطل وانما يمتنع تسجيله فقط ، فيترتب على ذلك انفساخه لابطلانه . (راجع ماتقدم فى نبذة ١١٦ بشأن قانون الاصلاح الزراعى) .

ولم يمنعه من التصرف الى مصرى . أما ان كان بعد صدور القانون المذكور وقبل صدور القانون رقم ١٥ / ١٩٦٣ ، امتنع تسجيل ذلك التصرف لأن هذا القانون نزع الملكية من الأجنبي ونقلها الى الدولة فلم يعد ممكنا نقلها من الأجنبي الى المتصرف اليه ولو كان مصريا ، ولذا ينفسخ العقد لاستحالة تنفيذه كما تقدم بشأن الحالة العكسية حالة شراء الأجنبي أرضا زراعية لم يتم تسجيل التصرف الخاص بها قبل العمل بالقانون المذكور(١) .

ومن قبل صدور هذين القانونين اللذين حظرا على الأجانب تملك الأراضى الزراعية بوجه عام ، كان الأمر العسكرى رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ ينص فى مادته الأولى على أن « يحظر على كل شخص طبيعى أو معنوى أجنبي الجنسية أن يمتلك بأى طريق كان ، عدا الميراث ، عقاراً كائنا بأحد الأقسام التى تقوم على ادارتها مصلحة الحدود » .

وقد قضى القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٥ باستمرار العمل بالأمر العسكرى المذكور . وبناء عليه يكون الأجانب فى مصر ممنوعين من أن يشتروا أى عقارات ، ولو كانت من المبانى ، تقع فى المناطق التى تشرف مصلحة الحدود على ادارتها ، ويعتبر هذا الحظر متعلقا بالنظام العام لضرورة المحافظة على أمن الدولة الخارجى ، فيقع كل تعاقد مخالف له باطلا بطلاناً مطلقا .

---

(١) فى هذا المعنى مصر الابتدائية (الدائرة ١٤ مدنى) بتاريخ ١٤ يونيه ١٩٦٥ فى القضية رقم ٣١٤٣/١٩٦٤ ، استئناف مصر (الدائرة ٣) بتاريخ ١٣ ديسمبر ١٩٦٦ فى الاستئناف رقم ١٤٤٠ سنة ٨٢ ق فى دعوى الحاج عبد العزيز الطى القناعى ضد الجامعة الأمريكية بالقاهرة (غير منشور) .

الفصل الخامس

جزاء شروط الانعقاد

١١٨ – احالة الى قواعد البطلان المطلق ـ اذا انعدم أحد أركان عقد البيع أو لم تتوافر فيه الصفات التى لا يكون له بدونها وجود قانونى ، فان العقد لا ينعقد ، أو يقع باطلا بطلانا مطلقا . سواء نص القانون على ذلك أو لم ينص . فيقع البيع باطلا اذا انعدم فيه الرضا سواء لعدم تمييز أحد الطرفين ، أو لعدم توافق الارادتين على ماهية العقد أو على المبيع أو على الثمن .

ويقع باطلا أيضاً بيع الأموال التى انعدمت وقت العقد ، والأموال الخارجة عن التعامل أو التى لم تعين تعييناً كافياً .

وكذلك يقع باطلا البيع الذى يعقد دون ثمن ، أو الذى يكون الثمن فيه صوريا أو تافها او غير معين ولا قابل للتعيين ، أو الذى يوكل تعيينه الى أجنبي فيمتنع هذا عن تعيينه أو لا يتمكن من ذلك . والأمر كذلك أيضاً اذا انعدم سبب التزام اى من البائع أو المشترى أوكان الباعث الدافع الى التزام أي منهما مخالفا النظام العام أو الآداب .

ويؤدي منطق شروط الانعقاد الى اعتبار البيع الذى يقصد به نقل الملكية فور انعقاده باطلا اذا كان البائع غير مالك المبيع وقت العقد . ولكن القانون رتب على هذا البيع أحكاما لا تتفق فى ظاهرها مع البطلان المطلق ، فأدى ذلك الى القول بأن بطلان بيع ملك الغير بطلان نسبي . غير أنه يلاحظ أن النتائج التى رتبها المشرع على هذا البيع لا تتفق كذلك مع أحكام البطلان النسبي ، ولذلك آثرنا الأخذ فى شأنه بنظرية البطلان المطلق

مع تكملتها بنظرية تحول العقد[1] .

ويقع البيع باطلا بطلاناً مطلقاً أيضاً اذا كان القانون يحرمه كما فى بيع التركات المستقبلة وبيع الوفاء وبيع الحقوق المتنازع فيها الى عمال القضاء الذين يعملون فى دائرة المحكمة التى يقع فى اختصاصها نظر النزاع المتعلق بهذه الحقوق[2] . وقد نص المشرع على البطلان صراحة فى هذه الحالات الثلاث (المواد ١٣١ ، ٤٦٥ ، ٤٧١) .

واذا صدر العقد من نائب خارج حدود ولايته ، فانه لا يلزم النائب لأنه لم يتعاقد باسمه ولا يلزم الأصيل لانعدام ولاية النائب فى الزامه خارج حدود ولايته ، ولكن يجوز للأصيل اقرار العقد فيصبح ملزماً له بموجب هذا الاقرار . ولذلك يتعذر القول بوقوع هذا العقد باطلا طالما أنه يمكن أن ينتج آثاره باقراره من ذى الشأن ، وهو أيضاً لا يصح وصفه بأنه قابل للابطال لأن العقد الذى يوصف بذلك يكون منتجاً جميع آثاره الى أن يحكم ببطلانه فعلا ، وليس هذا شأن عقد النائب خارج حدود نيابته .

وقد تقدم فى نبذة ٦٢ أن القانون حرم على من نبط به بيع مال غيره أن يشتريه لنفسه (المادتان ٤٧٩ و ٤٨٠ مدنى) ، فان خالف ذلك كان بيعه خارج حدود ولايته اذ يفرض فيه أنه فوض فى البيع بأعلى سعر ممكن فى حين أن شراءه هذا المال لنفسه يفرض فيه أنه اشترى لصالح نفسه أى بأقل ثمن ممكن . ولذلك نص القانون فى المادة ٤٨١ مدنى على أن العقد يصح فى هذه الحالة ـ والمقصود بذلك أنه ينتج آثاره ويصبح بمنجى من الطعن ـ اذا أجازه

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك ماسيجىء فى القسم الثانى من هذا الكتاب .

(٢) انظر استئناف مصر ١٣ يونيه ١٩٣٣ المحاماة ١٤ـ٢ـ٢٤١ ـ ١٣٠ ، مصر الابتدائية ٤ ديسمبر ١٩٢٧ المجموعة ٢٩ رقم ٧٠ المحاماة ٩ـ٨٤٤ـ٤٦٢ وقد تأيد هذا الحكم الأخير بحكم استئناف مصر ١٨ فبراير ١٩٢٩ المجموعة ٣٠ـ١٥٥ـ٦٦ ، وانظر أيضا استئناف مختلط ٢١ يناير ١٩٤٣ (٥٥ ص ٣٤) .

من تم البيع لحسابه . ومؤدى ذلك أن العقد يكون موقوفا الى أن تلحقه اجازة من تم البيع لحسابه ، فلا هو باطل بطلاناً مطلقا ولا هو باطل بطلانا نسبيا .

ومتى وقع البيع باطلا بطلاناً مطلقاً ، فان العقد لا ينتج أى أثر ويعتبر كأن لم يكن . فاذا كان العاقدان او أحدهما قد نفذ كل أحكامه أو بعضها ، تعين رد الحالة الى ما كانت عليه قبل العقد(١) ، وجاز لمن وفى شيئا أن يسترده(٢) . وهذا البطلان لا يزول بالنزول عن التمسك به أو باجازة العقد، ويجوز لكل ذى شأن أن يتمسك به ، بل يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . وفى ظل التقنين الملغى كان هذا النوع من البطلان لا يسقط بالتقادم ، ولكن التقنين الحالى نص فى المادة ١٤١ فقرة ثانية منه على أن « تسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد » ، فتسقط دعوى البطلان وحدها بمضى هذه المدة ، أما الدفع به فلا يسقط بأى مدة ويجوز التمسك به فى كل وقت .

---

(١) غير أن هذا الأثر الرجعى لبطلان البيع ، لا يمنع المشترى من كسب ملكية المبيع بسبب آخر من أسباب كسب الملكية اذا تحققت شرائطه القانونية ، كما لو آلت ملكية العين المبيعة الى المشترى من طريق الاستحقاق فى وقف وحل هذا الوقف (نقض مدنى ٣ ديسمبر ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥—١٠٩١—١٦١) .

(٢) وفى ظل التقنين الملغى قضت بعض الأحكام فى شأن بطلان شراء القضاة الحقوق المتنازع فيها بأنه لا يجوز للقاضى المشترى أن يطالب البائع برد الثمن لأن بطلان العقد مبنى على أن سببه غير مشروع (مصر الابتدائية ٤ ديسمبر ١٩٢٧ واستئناف مصر ١٨ فبراير ١٩٢٩ المشار اليها فيما تقدم) . غير أن هذه الأحكام كانت قد جنحت فى ذلك عما جرت عليه كثرة أحكام المحاكم فى تطبيق قاعدة منع الطرف الملوث من استرداد ما نفذه بناء على عقد باطل لعدم مشروعية سببه Nemo Auditur من تفرقة بين حالات البطلان بسبب مخالفة النظام وحالات البطلان بسبب مخالفة الآداب العامة . وقد قضى التقنين الحالى على تلك القاعدة ذاتها وليس فقط على التفرقة التى كانت تقول بها وأجاز فى المادة ١٤٢ مدنى المطالبة بالرد فى جميع الأحوال ...

الفرع الثانى

شروط صحة البيع

الفصل الأول

سلامة الرضا

١١٩ — احالة الى القواعد العامة — لم يورد المشرع فى باب البيع أحكاما خاصة بسلامة الرضا ، اكتفاء بما ورد عن ذلك فى باب الالتزام بوجه عام.

وقد نص فى المواد ١٢٠ وما بعدها على عيوب الرضا التى تشوبه فتجعل العقد قابلا للابطال ، وهى الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال .

فيجب فى صحة البيع خلوه من جميع العيوب ، ويرجع فى شأنها الى كتب النظرية العامة للالتزامات .

غير أنه لأن المشرع أورد فى باب البيع احكاما توجب العلم بالمبيع علماً كافياً (المادة ٤١٩) ، وأخرى تتعلق بالغبن فى البيع (المادة ٤٢٥) ،ولأن الأولى تتصل بالغلط فى صفات المبيع والثانية بالاستغلال ، نرى أن نخص هـــذين العيبين من عيوب الرضا بعرض سريع لأحكامهما تمهيداً لدراسة أحكام المادتين المذكورتين . أما التدليس والاكراه فنكتفى بذكر بعض تطبيقاتهما فى عقد البيع .

١٢٠ — بعض تطبيقات التدليس والاكراه فى عقد البيع — التدليس هو استعمال طرق احتيالية لايهام أحد العاقدين بغير الحقيقة ، فاذا ترتب عليه حمل ذلك العاقد على قبول التعاقد كان العقد قابلا للابطال .

ولابد فى التدليس من استعمال طرق احتيالية تضلل أحد العاقدين ومن أن تكون هذه الطرق غير مشروعة وكافية لتضليل ذلك العاقد واخفاء الحقيقة عنه(١) ، وأن يكون الوهم الذى بعثته هذه الطرق فى نفس العاقد هو الدافع الى الأخير على التعاقد .

فلا يكفى مجرد ذكر البائع فى العقد مساحة للعقار المبيع أكثر من مساحته الحقيقية لاعتبار ذلك تدليسا مادام لم يقترن بطرق احتيالية أخرى(٢).

ولا يكفى فى ذلك مبالغة التاجر فى الترويج لبضاعته بانتحاله أحسن الأوصاف لها ، ولو وصلت المبالغة الى حد الكذب ، ما دام أن ذلك مألوف فى التعامل ، اذ يجب فى هذه الحالة على المشترى أن يأخذ أقوال التاجر بالتحفظ وأن يتحقق بنفسه من توافر هذه الأوصاف ، فان قصر فى ذلك ليس له أن يطلب ابطال العقد بسبب التدليس . أما اذا كانت صفة التاجر أو طبيعة نوع معين من التجارة تجعل من غير المألوف المبالغة فى أوصاف المبيع الى حد الكذب ، كان من حق المشترى أن يطمئن الى أقوال التاجر ، فاذا ظهر فيما بعد كذبها اعتبر ذلك تدليسا .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة مصر الابتدائية بأن التأكيدات غير الصحيحة التى تصدر من أحد المتعاقدين ويكون لها على الطرف الآخر التأثير الذى يحمله على قبول التعاقد من شأنها أن تجعل العقد قابلا للابطال متى ثبت أنه لولا هذه التأكيدات لما حصل الرضا(٣).

وقضت محكمة استئناف مصر بأنه اذا تبين أن المشترى كان تحت تأثير ما ذكره البائع له من بيانات خاصة بدين الدائن على العقار المبيع وعدم استحقاق شىء منه ولا من فوائده وقت تحرير العقد . فأثر ذلك فى نفسه

---

(١) نقض ١١ نوفبر ١٩٣٧ المجموعة ٣٩ رقم ٣٧ .
(٢) استئناف مختلط ٢٨ يناير ١٩٣٦ المحاماة ١٨ — ٦٧١ — ٣٢٣ .
(٣) ٢٤ يناير ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ٢٨١ .

ودفعه الى التعاقد ، ولم يكن يعلم أنه أدخل عليه الغش والتدليس بأن كتم وأخفى عنه مقدار الفوائد المستحقة على العقار قبل تحرير عقد البيع كما أخفى عليه ما اشترطه عليه الدائن من حق الاحتفاظ بالمطالبة بالدين والفوائد عند التقصير فى دفع الفوائد فى مواعيدها ، الأمر الذى أدى الى حلول جميع الدين وترتب عليه نزع ملكية العقار ورسوم مزاده على الدائن . فمثل هذه التصرفات هى نوع من الغش والتدليس الموجب لبطلان العقد [١] .

بل ان مجرد كتمان أحد العاقدين أمراً كان يجب عليه احاطة الآخر علماً به يكفى فى بعض الأحوال لتوافر التدليس متى قصد بهذا الكتمان تضليل العاقد الاخر ، كأن يبيع شخص لآخر منزلا ويكتم عنه أن هذا المنزل قد شرع فى نزع ملكيته للمنفعة العامة . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن بائع العقار اذا كتم عن المشترى أن هذا العقار مستحق كليا أو جزئيا وهو يعلم بذلك ، أو أخفى عنه ما يثقل العقار من حقوق ، كان هذا تدليساً [٢] .

ويجب ان يكون التدليس هو الدافع الى التعاقد ، أى أنه هو الذى حمل العاقد على التعاقد أصلا ، أما التدليس غير الدافع وهو الذى لا يحمل على التعاقد وانما يغرى بقبول شروط أبهظ ، فلا يفسد الرضا ولا يخول ابطال العقد ، وانما يقتصر أثره على الزام مرتكب التدليس بتعويض .

ويجوز فى هذه الحالة الأخيرة ان يكون التعويض عينيا اذا طلب العاقد المدلس عليه ذلك . والتعويض العينى يكون بنقص الثمن الى الحد الذى كان العاقد يقبل الشراء به لو لم يدلس عليه أو بابطال العقد لازالة ما ترتب عليه من ضرر [٣] .

---

(١) ٣١ ديسمبر ١٩٣٦ المحاماة ١٧ـ٥ـ٦٤٥ـ٣١٢ .

(٢) استئناف مختلط ١١ فبراير ١٩٠٩ (٢١ ص ٢٢٧) .

(٣) انظر كتابنا فى مصادر الالتزام نبذة ٢٠٩ ص ٢٧٢ .

ومثل ذلك أن يطلع بائع العقار المشترى على عقود ايجار لهذا العقار ، وهى عقود مصطنعة أو قديمة يريد أن يوهمه بها أن ريع العقار مرتفع ، فيحمله بذلك على شراء العقار بثمن عال،أو أن يتفق من يعرض شيئاً للبيع فى مزاد علنى مع شخص آخر على أن يتقدم هذا فى المزاد بعطاءات وهمية ليحمل المزايدين الحقيقيين على رفع عطاءاتهم ، فاذا نجحت الحيلة واندفع أحد المزايدين الحقيقيين الى الشراء بثمن أعلى مما كان هو أو غيره يشترى به مثل هذا الشىء لولا هذه الخدعة ، جاز له أن يطلب على سبيل التعويض عن الضرر الذى أصابه بسبب هذا التدليس نقص الثمن أو ابطال العقد .

وكذلك الاكراه يفسد الرضا ويجيز ابطال البيع ،سواء حمل المتعاقد على البيع أو الشراء أو حمله على القبول بشروط باهظة لم يكن يقبلها فى غير حالة الاكراه ، وسواء أكانت حالة الاكراه التى وجد فيها المتعاقد المكره من عمل العاقد الآخر أو من عمل شخص أجنبى أم كانت نتيجة ظروف تهيأت مصادفة[1] ، كما اذا تعطلت سيارتى فى منطقة صحراوية نائية، فمرت بى سيارة أخرى وكان مع قائدها قطعة الغيار التى تلزم سيارتى ولم يقبل أن يبيعنى اياها الا بثمن باهظ جداً ، أو قبل أن يبيعنى اياها بثمنها المعقول ولكنه استكتبنى بيعا لسيارتى بثمن بخس جداً .

§ ١ — الغلط فى صفات المبيع وعدم العلم الكافى بالمبيع .

١٢١ — احكام الغلط فى صفات المبيع — نصت المادتان ١٢٠و١٢١ من التقنين المدنى على أحكام الغلط الذى يفسد الرضا ويجيز ابطال العقد ، ويؤخذ منهما أن الغلط الذى يترتب عليه هذا الأثر يجب أن يكون جوهريا

---

(١) انظر نقض مدنى ٢٥ يناير ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣–١٢٧–١٩ .

أى دافعا الى التعاقد ، سواء أوقع فى صفة للشىء تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين أو بحسب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية ، أم وقع فى ذات العاقد أو فى صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد ، أم وقع فى قيمة المعقود عليه أو فى أى أمر آخر كان هو الدافع الى التعاقد .

وبتطبيق ذلك على عقد البيع يمكن القول بأنه قلما يكون شخص المتعاقد محل اعتبار فى البيع ، ويندر اذن أن يكون الغلط فى ذات العاقد أو فى صفة من صفاته سببا فى ابطال البيع . وبالعكس من ذلك يتصور أن يكون البيع قابلا للابطال بسبب وقوع غلط فى قيمة المبيع أو فى الباعث الدافع الى شرائه أو فى صفة جوهرية فيه .

ومثل الغلط فى القيمة أن يبيع الوارث مجموعة قيمة من طوابع البريد بثمن زهيد لعدم علمه بقيمتها الكبيرة ، ومثل الغلط فى الباعث الدافع أن يشترى شخص سيارة لاعتقاده أن سيارته قد سرقت ثم يتبين أن أخاه كان قد أخذها ليستعملها مدة معينة بعد أن ترك له خبراً بذلك ولكن الخبر لم يصله الا بعد أن اشترى سيارة جديدة ، ومثل الغلط فى صفة جوهرية أن يعتقد المشترى أنه انما يشترى لوحة أصلية ، فاذا بالمبيع صورة من اللوحة الأصلية ، أو أن يعتقد أنه يشترى مالا مملوكا ملكية مفرزة فيتضح أن المبيع مملوك للبائع شيوعا مع غيره[١] .

---

(١) استئناف مصر ١٨ فبراير ١٩٣٢ المحاماة ١٣-١-٩١-٣٤ . وقد حكم فى ظل التقنين الملغى بأن للمشترى حق ابطال البيع اذا أثبت أنه لم يكن يعلم بأن العقار المبيع مؤجر للغير وأنه ما كان يشتريه لو علم بوجود هذه الاجارة . وأساس حق الابطال فى هذه الحالة هو وقوع المشترى فى غلط جوهرى بالنسبة الى الشىء المبيع (طنطا الابتدائية ٢٥ أكتوبر ١٩٣٠ المحاماة ١١-٧٤٣-٣٨١) .

ومن المهم أن نوجه النظر الى انه لا بد فى جميع هذه الأحوال أن يكون الطرف الآخر قد اشترك مع الأول فيما وقع فيه من غلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه (المادة ١٢٠) .

١٢٢ – *حكم عدم العلم الكافى بالمبيع* – نصت المادة ٤١٩ من التقنين المدنى الحالى على أنه يجب ان يكون المشترى عالماً بالمبيع علما كافياً . ويعتبر العلم كافيا اذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه . واذا ذكر فى عقد البيع أن المشترى عالم بالمبيع ، سقط حقه فى طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه به اذا أثبت تدليس البائع .

وظاهر ان المشترى الذى لم يعلم بالمبيع وقت العقد علما كافياً ، ثم يتبين بعد معاينته أنه لا يلائمه ، يمكن أن يعتبر أنه واقع فى غلط جوهرى فيما يتعلق بصفات المبيع ، فيغنيه التمسك بالأحكام العامة المتعلقة بالغلط عن نص المادة ٤١٩ . غير أن هذا النص يرجع فى أصله الى خيار الرؤية المعروف فى الشريعة الاسلامية ، وان كان واضعو التقنين المدنى الملغى ثم واضعو التقنين المدنى الحالى قد حوروا فى أحكامه الشرعية وقربوه كثيراً من أحكام الغلط فى القانون الحديث . ولذلك ينبغى فى فهمه عرض أحكام الشريعة الاسلامية الخاصة بخيار الرؤية ، وأحكام التقنين المدنى الملغى ، وأخيراً أحكام التقنين المدنى الحالى .

= وبالعكس من ذلك قضت محكمة النقض بأنه متى كانت المحكمة قد تبينت من واقع الدعوى أن التبايع الذى هو محل النزاع قد وقع على عين معينة تلاقت عندها ارادة المشترى مع ارادة البائع وأن ما جاء فى العقد خاصاً بحدود هذه العين قد شابه غلط فى تحديد حدودها بذكر أحدها مكان الآخر ، فانها لا تكون مخطئة اذا ما اعتبرت هذا الغلط من قبيل الغلط المادى الواقع حال تحرير المحرر المثبت للتعاقد لا الغلط المعنوى الواقع حال تكوين الارادة المفسد للرضا (نقض ١١ ديسمبر ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ – ٢٤ – ١ – ١٥ مجموعة القواعد القانونية ٥ – ٥٠٣ – ٢٤٢) .

١٢٣ — خيار الرؤية فى الشريعة الاسلامية — خيار الرؤية رخصة تثبت للعاقد الذى لم ير محل العقد وقت التعاقد وتخوله متى رآه أن يفسخ العقد أو يمضيه .

وسبب ثبوت خيار الرؤية للعاقد عدم رؤيته محل العقد حين العقد أو قبله ، ولو وصف له المحل عند التعاقد . ويشترط فى ثبوته أن يكون محل العقد عيناً معينة بالذات لم يرها العاقد حين العقد أو قبله. وحينئذ يثبت هذا الخيار بحكم الشرع ، أى دون اشتراطه.

غير أنه لا يجوز للعاقد الذى لم ير محل العقد أن يستعمل هذا الخيار الا بعد رؤية المحل . ولكن له قبل ذلك ان يفسخ العقد، لا استعمالا لخيار الرؤية ، بل لأن العقد على الأعيان الغائبة غير لازم فيجوز فسخه.

وليس المراد بالرؤية فى هذا الشأن الابصار ، بل المراد بها ما هو أعم من ذلك وهو العلم بمحل العقد على الوجه الذى يناسبه . فان كان من المرئيات كان العلم به من طريق البصر . وان كان من الروائح فمن طريق الشم . وان كان من الطعام فمن طريق الذوق الخ .

ويثبت خيار الرؤية للأعمى اذا ما اشترى شيئا لم يعرفه . فان كان ذلك الشيء مما لا يعرف الا بالبصر كانت معرفته به عن طريق وصفه له، وان كان يعرف بحاسة أخرى باشر ذلك بنفسه .

١٢٤ — أحكام العلم بالمبيع فى التقنين المدنى الملغى — أخذ المشرع المصرى فى التقنين المدنى الملغى بأحكام الشريعة الاسلامية فى خيار الرؤية ، بعد أن حاول تقريبها من مبادىء القانون الحديث،

فنص فى المادة ٢٤٩ / ٣١٥ على أنه يجب أن يكون المشترى عالماً بالمبيع علما كافيا اما بنفسه أو بمن وكله عنه فى معاينته . وفى المادة ٢٥٣/٣١٩ على أن « البيع للأعمى يكون صحيحا اذا أمكنه معرفة حقيقة المبيع بطريقة غير المعاينة ، أو حصلت معاينته ممن عينه معتمداً عليه فى ذلك » . وفى المادة ٢٥٢/٣١٨ على أن « بيع الأشياء التى لم يعاينها المشترى ولا وكيله فى المعاينة لايكون صحيحا الا اذا كان عقد البيع مشتملا على بيان المبيع وأوصافه الأصلية بحيث يمكنه الكشف عليه وتحقيق حالته[1] » ، فقرر بذلك مبدأ وجوب العلم بالمبيع سواء من طريق المعاينة الشخصية أو من طريق وصف المبيع فى العقد وصفا وافيا أو أى طريق آخر[2]، وهو مبدأ مسلم فى كل من الشريعة الاسلامية والقانون الحديث . ولكن المشرع لم يحدد فى هذا النص جزاء عدم العلم بالمبيع ، فلم يكشف عن قصده فى تكييف هذا العلم ولا فى اعتباره شرطا فى تعيين المبيع او عنصراً من عناصر سلامة الرضا .

ثم نص فى المادة ٢٥٠/٣١٦ على أنه « اذا لم يشاهد المشترى جزافا الا بعض المبيع وتبين أنه لو رآه كله لامتنع عن شرائه، فليس له الا أن يتحصل على الحكم بفسخ البيع بدون أن يجوز له تقسيم المبيع أو تنقيص ثمنه، ويسقط حقه فى طلب الفسخ اذا تصرف فى الشىء المبيع بأى طريق كان » ، فدل

---

(١) وحكم بأنه اذا ثبت أن المشترى لم يعاين قبل شرائه المنزل الذى اشتراه فله أن يطلب الحكم بعدم صحة عقد البيع ما لم يكن قد اشتمل على أوصاف المبيع الأصلية بحيث يمكن الكشف عليه وتحقيق حالته وأن الاقتصار على ذكر مساحة العين وحدودها وعدد الطبقات المكونة منها واغفال باقى الأوصاف الأخرى لايعتبر بيانا كافيا يصح أن يقوم مقام المشاهدة عند المشترى (المنشية الجزئية ١٠ نوفبر ١٩٣٧ المحاماة ١٨ — ٥٢٠ — ٢٦٦) .

(٢) وقد اشترطت محكمة الاستئناف المختلطة فى ذلك أن يكون قد تعذر على المشترى تحصيل العلم الكافى بالمبيع بالرغم من بذله العناية الواجبة فى ذلك سواء لغش البائع أو لأى سبب أجنبى عن ارادته [أول يونيه ١٩٤٣ (٥٥ ص ١٧١)] .

وقضت محكمة استئناف مصر بأن جهل المشترى لايترتب عليه فسخ العقد لأن فى وسعه دائما أن ينتهى بخبير قبل أن يقدم على الشراء (١٤ أبريل ١٩٢٤ المجموعة ٢٧ رقم ١) .

بذلك على أنه جعل جزاء عدم معاينة المبيع كله وقت العقد ثبوت حق الفسخ للمشترى بعد المعاينة .

وظاهر أن هذا الحق فى الفسخ متميز عن حق الفسخ المعروف فى القانون الحديث وأنه ينبىء عن استمداده من الشريعة الاسلامية ، لأن القانون الحديث لا يعرف الا الفسخ الذى يترتب على استحالة الوفاء أو على اخلال أحد العاقدين بالتزاماته أو على تحقق الشرط الفاسخ . أما الفسخ لعدم العلم بالمبيع فهو الفسخ الذى ترتبه الشريعة الاسلامية على خيار الرؤية .

ونصت المادة ٣١٧/٢٥١ على أنه « اذا ذكر فى عقد البيع أن المشترى عالم بالمبيع سقط حقه فى طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع الا اذا أثبت تدليس البائع عليه » . وظاهر أن المقصود بهذا النص اعتبار اقرار البائع فى عقد البيع بعلمه بالمبيع مساويا لعلمه الحقيقى به ومانعا من ثبوت حق الفسخ الذى رتبته المادة السابقة على عدم العلم بالمبيع[1] . أما ما ورد فى هذا النص من سقوط حق البائع فى طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع ، فلم يقصد به حقيقة معنى البطلان ولم يكن الا نتيجة خطأ فى ترجمة النص الفرنسى للمادة ٣١٧/٢٥١ الذى يقول :

« La mention dans un acte de vente que l' acheteur connaît la chose lui fait perdre le droit d' attaquer la vente pour défaut de connaissance de la chose vendue ...

حيث لم يرد فى هذا النص ذكر للبطلان أو للفسخ بل ذكر حق الطعن على البيع أو حق نقضه le droit d' attaquer la vente ؛ وفى ذلك اشارة

(١) على أنه اذا اقترن هذا الاقرار باشتراط المشترى اصلاح المبيع أو تكملته اعتبر المشترى عالما بالمبيع علما كافيا والبائع ملتزما بالاصلاح أو التكملة المنصوص عليها . فلا يكون للمشترى حق الابطال ولكن يكون له حق الفسخ اذا لم يقم البائع بما التزم به [قرب فى هذا المعنى مصر المختلطة ٦ يونيه ١٩٤٤ (٥٦ ص ١٨٢)] .

الى حق النقض المقرر فى المادة السابقة وهو حق الفسخ اذ لا يتصور أن يجعل المشرع عدم العلم بالمبيع فى المادة الأولى سبباً لفسخ البيع ثم يجعله فى المادة التالية لها سبباً فى بطلان البيع ، لأن العقد اما ان يكون صحيحا فيرد عليه الفسخ ويمتنع البطلان ، واما أن يكون باطلا فلا يرد عليه الفسخ . وواضح من النص الفرنسى ومن أصله التاريخى فى الشريعة الاسلامية أن المقصود أن يكون العقد قابلا للفسخ .

وقد أثارت هذه النصوص خلافا كبيراً بين شراح القانون القديم فيما يتعلق باتساق أحكامها مع القواعد العامة التى قررها القانون المدنى وبضرورتها أو امكان الاستغناء عنها بتلك القواعد العامة .

فذهب الأستاذ حلمى عيسى الى أن المشرع استمد هذه الأحكام من الشريعة الاسلامية بعد تحويرها بما يتفق مع أحكام القانون المدنى ليسد نقصا فى هذا القانون حيث لا تسعف المشترى قواعد الغلط فى مادة المبيع أو فى صفة جوهرية من صفاته .

ورأى الأستاذ الهلالى بالعكس من ذلك أن أحكام العلم بالمبيع المستمدة من الشريعة الاسلامية لا تضيف شيئاً الى ماتقضى به القواعد العامة للقانون المدنى لأن المشترى ، اذا لم يعلم بالمبيع ، فعقده غير صحيح اما لغلطه فيه واما لأن المبيع لايكون معينا مع أن القانون يوجب تعيينه .

وعندى أن كلا الرأيين قد جانبا الصواب ، لأنهما عولا على اعتبار جزاء عدم العلم الكافى المنصوص عليه فى المواد ٢٤٩/٣١٥ وما بعدها بطلان العقد أو الحق فى ابطاله ، فى حين أن المشرع لم يقصد البطلان أو الابطال بل قصد الفسخ كما تقدم . وقد ترتب على ذلك أنهما ربطا هذه الأحكام

بشرط تعيين المبيع أو بقواعد الغلط فى صفات المبيع فى حين أن ذلك لا يتفق مع الجزاء المقرر وهو الفسخ .

وينبغى اذن فى تكييف هذه النصوص أن نرتكز على الجزاء المقرر فيها وهو الحق فى فسخ العقد ـ ذلك الحق المستمد من الشريعة الاسلامية ـ وأن نرده الى مبادىء القانون الحديث العامة حتى يتسق معها ويتحدد فى ضوئها مداه . ويبدو لى أن أقرب تكييف لثبوت حق الفسخ للمشترى الذى لم يعاين المبيع وقت العقد اعتباره نتيجة للاتفاق على عقد البيع مع حفظ الحق للمشترى فى العدول عنه بعد المعاينة . فيعتبر البيع حسبما يبين من قصد العاقدين اما معلقا على شرط واقف هو عدم عدول المشترى بعد المعاينة أو مقترنا بشرط فاسخ هو عدوله عن البيع بعد معاينة المبيع ، فيبقى مصير العقد معلقا حتى تتم المعاينة . وعندئذ اما أن يقبل المشترى المبيع فينتج العقد آثاره مستندة الى وقت ابرامه أو يتأيد نهائيا ، واما ألا يقبل فيصبح العقد كأن لم يكن وفقا للأحكام التى تقدمت فى البيوع الموصوفة .

١٢٥ — **أحكام العلم بالمبيع فى التقنين المدنى الحالى** — ظاهر من المذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى الحالى أن المشرع أراد أن يوفق بين خيار الرؤية المعروف فى الشريعة الاسلامية وبين المبادىء العامة للقانون المدنى ، وأنه رأى أن هذه المبادىء لاتشترط رؤية المبيع بل تقتصر على اشتراط أن يكون المبيع معيناً تعييناً كافيا ، فقرر فى صدر الفقرة الأولى من المادة ٤١٩ أنه « يجب أن يكون المشترى عالما بالمبيع علما كافيا » ، ولم يشترط رؤية المشترى للمبيع ، فيكفى أن يعلم المشترى بالمبيع سواء من طريق معاينته بنفسه أو بمن يوكله عنه فى معاينته أو من

طريق اشتمال « العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه » . ونص فى الفقرة الثانية من المادة المذكورة على أن يقوم مقام العلم الحقيقى بالمبيع مجرد ذكر المشترى فى العقد أنه عالم بالمبيع .

يبين من ذلك أن المشرع أراد بنص المادة ٤١٩ أن يوفق بين ماتشترطه الشريعة الاسلامية فى صحة البيع من رؤية المشترى للمبيع وبين ما تقضى به مبادىء القانون الحديث من الاكتفاء بتعيين الشىء المبيع تعيينا كافيا . فاشترط أولا علم المشترى بالمبيع علما كافيا سواء حصل هذا العلم من طريق رؤية المبيع بنفسه أو بغيره ، ثم نص على أمرين يغنى أيهما عن رؤية المبيع وهما تعيين المبيع فى العقد تعيينا كافيا واقرار المشترى فى العقد بأنه عالم بالمبيع . هذا كله مالم يكن هناك تدليس من البائع .

غير أنه يلاحظ أن قصد المشرع ربط العلم بالمبيع بشرط تعيين محل العقد كان يقتضى أن يكون جزاء عدم العلم كجزاء عدم تعيين المحل ، أى البطلان المطلق . ولكن المشرع لم يساير المنطق الى هذا الحد ، بل جعل جزاء عدم العلم مقصورا على قابلية العقد للابطال اذ نص فى الفقرة الثانية من المادة ٤١٩ على أنه « اذا ذكر فى عقد البيع أن المشترى عالم بالمبيع ، سقط حقه فى طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه به الا اذا أثبت تدليس البائع » . وبذلك أصبح يسوغ القول ان المشرع الجديد قد انصرف فى هذا الشأن عن فكرة الفسخ وانه اعتبر حكم عدم العلم بالمبيع حكم الغلط فى صفات المبيع الجوهرية ، أى انه لا يمنع العقد من أحداث آثاره ، ولكنه يخول المشترى حق ابطال البيع متى علم حقيقة المبيع . ويتميز هذا الغلط القائم على عدم علم المشترى بالمبيع علما كافيا عن غيره من الغلط المفسد للرضا بأنه غلط يفترضه القانون ويعفى المشترى من اثباته ، فيصدق هذا فى شأنه

بمجرد قوله[1] ، ويقع على عاتق البائع أن يثبت علم المشترى بالمبيع العلم الكافى .

وبناء على ذلك يمكن القول بأن العلم بالمبيع علما كافيا يعتبر فى التقنين المدنى الحالى شرطا لسلامة رضا المشترى بمعنى أن عدم توافر العلم الكافى يعد غلطا فى صفات المبيع الجوهرية يترتب عليه قابلية العقد للابطال[2] ، وأن هذا العلم لايشترط أن يكون شخصيا أو فعليا ، ولا أن يكون من طريق الرؤية ، بل تكفى فيه معاينة من يوكله المشترى فى ذلك ، ويكفى فيه العلم الذى يحصل من أى طريق آخر غير البصر كالسمع واللمس والشم والذوق ، ويكفى فيه وصف المبيع فى العقد وصفا دقيقا يمكن المشترى من تصوره[1]، كما يغنى عن كل ذلك اقرار المشترى فى العقد بأنه عالم بالمبيع[2] ، بشرط أن يكون اقرارا سليما لم يصدر نتيجة غش أو تضليل من البائع[3] (المادة ٤١٩ مدنى) .

فاذا لم يتوافر هذا العلم ، بأى طريقة من الطرق المذكورة ، كان للمشترى عند ما يلم بحقيقة المبيع أن يطلب ابطال العقد[4] . ولكن العقد يبقى صحيحا وينتج آثاره الى أن يتقرر بناء على طلب المشترى بطلانه ،

---

(١) فى هذا المعنى السنهورى ج٤ ص ص ١٢٦ هامش ١ .

(٢) فى هذا المعنى السنهورى ج ٤ ص١٢٥ .

(٣) فى هذا المعنى السنهورى ج٤ ص ١٢٤ والأحكام التى أشار اليها .

(٤) ويرى الأستاذ السنهورى أن حق المشترى فى ابطال البيع لهذا السبب متى ثبت وفقا لما تقدم يمكن أن يسقط بما يسقط به خيار الرؤيه فى الشريعة الإسلامية فيسقط مثلا بموت المشترى قبل أن يستعمل هذا الحق وبهلاك المبيع أو تعيبه قبل ذلك أيضا وبتصرف المشترى فى المبيع قبل رؤيته تصرفا يثبت حقا للغير على العين المبيعة (انظر السنهورى ج ٤ ص ١٢٥ هامش ٢) .

فتزول هذه الآثار كلها . ويجوز للمشترى أن ينزل عن حقه فى إبطال العقد ، ويسقط هذا الحق بعدم استعماله مدة ثلاث سنوات من تاريخ العلم الكافى بالمبيع .

ويعتبر علم المشترى بالمبيع علما كافيا أمراً متعلقا بموضوع الدعوى ، فتى فصلت فيه محكمة الموضوع وكان ما استخلصته فى شأنه مستنداً الى دلائل مسوغة ولا مناقضة فيما لما هو ثابت فى الأوراق[1] فلا يجوز اثارته من جديد أمام محكمة النقض[2] .

§ — ٢ — الغبن والاستغلال

١٢٦ — *تعريف الغبن وتاريخه* — الغبن فى البيع هو عدم التعادل بين قيمة المال الذى يلتزم البائع بنقل ملكيته الى المشترى والثمن الذى يلتزم المشترى بدفعه فى مقابل ذلك .

وقد تقدم أن العاقدين يملكان تعيين الثمن ، وأنه يكفى أن يكون الثمن جديا ولو بخسا . وقد آن الأوان لأن نبحث لا فى أثر بخس الثمن فحسب ، بل فى أثر التفاوت بينه وبين قيمة المبيع ، سواء كان ذلك التفاوت نقصانا فى الثمن أو زيادة فيه . واذا أثر هذا التفاوت فى صحة العقد ، أيكون ذلك لاعتباره عيباً من عيوب الرضا أم لاعتباره سبباً قائما بذاته . وفى هذا يقول أستاذنا الدكتور السنهورى «ان الغبن مشكلة اجتماعية لم يهتد رجال القانون الى حلها حلا مرضياً . فهى قائمة على اعتبارات اقتصادية وأدبية غير ثابتة . فاذا ساد المدنية مذهب الفردية ومايتبعه من سيطرة مبدأ سلطان الارادة ، رأينا

(١) نقض مدنى ١١ ديسمبر ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ـ١٠٢٤ـ٤١٥

(٢) نقض ٢٤ أكتوبر ١٩٤٠ مجموعة القواعد القانونية ٣ـ٢٥٩ـ٧٨ المحاماة ٢١ — ١٩٥ـ٤٣٧ ، وأيضا ١١ ديسمبر ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ـ١٠٢٤ ـ ٤١٥ مجموعة القواعد القانونية ٥ـ٥٠٣ـ٢٤٢ .

القانون لا يقيم للغبن وزنا . ثم اذا تطورت المدنية وضعف مذهب الفردية ومبدأ سلطان الارادة ، تدخل القانون لمنع الغبن[١] » .

ولأن الرومان كانوا متشبعين بروح الفردية ، لم يعبأ القانون الرومانى بالغبن الا بعد أن انتشرت تعاليم الكنيسة وقيدت من تلك الروح الفردية بمبادىء العدالة وضرورة حماية الضعيف من استغلال القوى .

وقد ظل الأمر طوال القرون الوسطى وحتى الثورة الفرنسية الكبرى يتراوح بين عدم الاعتداد بالغبن فى العقود أو الاعتداد به ، تبعا لسيادة الروح الفردية أو انكماشها فى مختلف العصور .

ولأن التقنين المدنى الفرنسى قد صدر فى أعقاب الثورة الفرنسية ، ولأن هذه الثورة كانت انتصاراً للروح الفردية ، كان نصيب التقنين المدنى الفرنسى من الاعتداد بالغبن ضئيلا ومقصوراً على الحالات المعينة التى وردت بشأنها نصوص خاصة .

وبالعكس من ذلك ، فان التقنينات الحديثة التى صدرت منذ نهاية القرن الماضى متأثرة بالرغبـــة فى الحد من الروح الفردية قد زادت فى الاعتداد بالغبن حتى جعلت منه نظرية عامة واجبة التطبيق فى كل العقود .

ويبين من مقارنة الشرائع بوجه عام أن فيها اتجاهين متميزين بشأن الاعتداد بالغبن ، الأول يعتبر الأصل حرية العاقدين فى تحديد التزاماتهما وعدم الاعتداد بالتفاوت بين هذه الالتزامات الا فى أحوال خاصة استثنائية ينظر فيها الى القيم المادية للالتزامات بحيث اذا تجاوز التفاوت بينها نسبة عددية معينة اعتبر ذلك مخالفا للعدالة ووجبت ازالة هذه المخالفة باعتبارها

---

(١) السنهورى فى نظرية العقد سنة ١٩٣٤ نبذة ٤٢٨ ص٤٤٧ ، وفى الوسيط ج١ ط٢ نبذة ٢٠٣ ص ٣٨٧ ، وكتابنا فى مصادر الالتزام سنة ١٩٥٧ ص ٣٨٥ .

عيبا فى العقد ذاته لا عيبا فى رضا أحد من العاقدين ، وهذا الاتجاه يكون المذهب المادى فى الغبن .

والثانى يعتبر الأصل وجوب التعادل فى الالتزامات المتقابلة بحيث اذا اختل هذا التعادل كان ذلك دليلا على أن رضا أحد العاقدين لم يكن سليما ، وجاز للعاقد المغبون ابطال العقد لهذا السبب . وظاهر أن ربط الغبن بعيوب الرضا وفقا لهذا الاتجاه يقتضى تقدير قيمة الالتزامات المتبادلة من وجهة نظر كل من المتعاقدين الشخصية ، بقطع النظر عن قيمتها المادية .

وقد سار فى الاتجاه الأول كل من التقنين المدنى الفرنسى والتقنين المصرى الملغى ، وأخذ بالاتجاه الثانى التقنين المدنى المصرى الحالى . وكان لكل من الاتجاهين صدى قوى فى الشريعة الاسلامية .

١٢٧ — **حكم الغبن فى الشريعة الاسلامية** — يقرن فقهاء الشريعة الاسلامية بين الغبن والغرور أى التدليس ، ويميزون فى الغبن نوعين : يسير وفاحش ، ويرى بعضهم أن اليسير ما يدخل تحت تقويم المقومين والفاحش ما عداه ، ويرى فريق آخر أن اليسير ما لا يزيد على خمس الثمن والفاحش ما زاد على ذلك . وعندهم أن الغبن اليسير لا يؤثر فى صحة العقد الا اذا كان العاقد المغبون مدينا حجر عليه بسبب دينه المستغرق لماله ، أو مديناً بدين مستغرق وصدر منه العقد وهو فى مرض الموت [١].

أما الغبن الفاحش ، فقد اختلفوا فى تأثيره ، ولكن الراجح أن الغبن ان كان نتيجة غرور وقع على أحد العاقدين من الآخر أو ممن يعمل له ، فللمغبون الغرير فسخ العقد لسوء نية العاقد الآخر وتضليله ، والا لم يكن له هذا الحق [٢]. غير أنه اذا كان الغبن الفاحش واقعا على أموال المحجور عليهم

---

(١) أبو زهرة (محمد) ، فى الملكية ونظرية العقد ، سنة ١٩٣٩ ص ٤٠٣ .

(٢) راجع فى ذلك توفيق حسن فرج ، فى نظرية الاستغلال فى القانون المدنى المصرى ، رسالة دكتوراه من جامعة الاسكندرية سنة ١٩٥٧ ص ٤٢ وما بعدها .

كالصغير والسفيه والمجنون أو على أموال بيت المال أو على أموال الوقف ، أثر فى صحة العقد اتفاقا ولو لم يكن نتيجة غرور ، وكان العقد على الرأى الراجح فاسداً .

١٢٨ — *حكم الغبن في القانون الفرنسي* — نصت المادة ١١١٨ مدنى فرنسى على أن الغبن لا يفسد الاتفاقات الا فى عقود معينة وبالنسبة الى أشخاص معينين ونصت المادة ١٦٧٤ على أن بيع العقار يجوز ابطاله اذا غبن البائع فى أكثر من سبعة أجزاء من اثنى عشر جزءاً من قيمة المبيع، كما وردت نصوص أخرى تعتد بالغبن فى القسمة ، أو فى قبول التركات ... الخ . أو تجيز ابطال عقود القاصر اذا غبن فيها .

وقد حاول بعض الشراح أن يرجعوا ابطال العقود التى نص القانون على جواز ابطالها بسبب الغبن الى اعتبار الغبن دليلا على وجود عيب فى رضا العاقد المغبون سواء أكان ذلك العيب غلطا أو اكراها ، واستدلوا على ذلك بورود المادة ١١١٨ فى باب عيوب الرضا وببعض أقوال وردت فى الأعمال التحضيرية .

غير أن هذا النظر لا يستقيم مع قصر المشرع حكم البطلان بسبب الغبن على أنواع معينة من العقود أو على صدور العقود من فئات معينة من الأشخاص. ولذلك فالراجح أن أساس البطلان المبنى على الغبن فى القانون الفرنسى هو مخالفة العدالة فى العقود التى يسهل فيها تقدير التعادل والتى يعلق المشرع على تحقيق التعادل فيها أهمية خاصة .ويترتب على ذلك ضرورة تقدير القيم المتعادلة بالمعيار المادى وبقطع النظر عن الاعتبارات الشخصية .

ويشترط فى تطبيق المادة ١٦٧٤ التى تجيز ابطال بيع العقار بسبب الغبن ثلاثة شروط : (١) أن يكون المبيع عقاراً ، (٢) وأن يقع الغبن فى أكثر

من سبعة أجزاء من اثنى عشرة جزءاً من قيمة المبيع الحقيقية، (٣) وأن يكون الغبن واقعاً على البائع لا على المشترى[١] .

وظاهر أن نسبة الغبن التى حددها القانون نسبة تحكمية قصد بها الحد من دعاوى الغبن .

ويجب فى حساب هذه النسبة مراعاة قيمة المبيع وقت عقد البيع ، ولو كان البيع مسبوقا بوعد بالبيع ، وهذا ما يقتضيه الأخذ بالنظرية المادية فى الغبن . أما النظرية الشخصية التى تعتبر الغبن مظهراً لعيب فى الرضا فكانت تقتضى أن يكون تقدير قيمة العقار وقت الوعد ببيعه ، لأن عيوب رضا الواعد ينظر فيها — كما تقدم — الى وقت الوعد لا الى وقت تحويل الوعد الى بيع .

ويلاحظ أن النص يقصر حمايته على البائع فقط ، مع أن المشترى قد يشترى بأزيد من القيمة الحقيقية فيكون هو المغبون . ولو كانت حكمة البطلان للغبن مجرد عدم التعادل بين القيم المتبادلة ، أو كان اعتبار الغبن دليلا على وجود عيب فى الرضا ، لوجب أن يكون للمشترى المغبون كما للبائع المغبون حق الابطال . ولكن السبب الذى حمل المشرع الفرنسى على قصر البطلان للغبن على بيع العقار قد حداه أيضاً الى قصر حمايته على البائع

---

(١) ونظراً لان هذه الشروط كانت تضيق كثيراً من مجال تطبيق حكم الغبن ، ولأنه وجدت فى العمل حالات كثيرة لا تتوافر فيها هذه الشروط ولكن تقتضى العدالة فيها رفع الغبن الواقع بأحد المتعاقدين ، فقد لجأت المحاكم الى التوسع فى نظرية الاكراه الأدبى لابطال العقود التى يكون فيها الغبن نتيجة اكراه ادبى ، ثم ابتدعت نظرية التسلط على الارادة captation والاستهواء suggestion لابطال تلك العقود — اذا كانت من التبرعات — ولو لم تتوافر فيها شروط الاكراه المفسد للرضا . انظر فى ذلك جينو Guyenot (Zeen) فى بحث له بعنوان La suggestion et la captation en matière de libéralités dans leurs rapports ave la notion de dol.
فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٦٤ ، ص ١٩٩ وما بعدها .

دون المشترى ، ذلك أنه أراد حماية الثروة العقارية لأسباب اقتصادية واجتماعية .

١٢٩ — *حكم الغبن فى التقنين المصرى الملغى* — سار التقنين المدنى الملغى على نهج القانون الفرنسى فى عدم الاعتداد بالغبن الا فى أحوال مخصوصة ولكنه عند الاعتداد بالغبن فى عقد البيع حاد عن أحكام القانون الفرنسى رغبة منه فى الأخذ بحكم الشريعة الاسلامية ، بل أخذ من القانون الفرنسى شرطاً ضيق به من أحكام الشريعة الاسلامية ، فنص فى المادة ٣٣٦ / ٤١٩ على أن « الغبن الفاحش الزائد عن خمس ثمن العقار المبيع لايترتب عليه حق الا للبائع فى طلب تكملة الثمن ، ويكون ذلك فى حالة بيع عقار القاصر فقط » ، أى أنه اشترط فى ترتيب بعض الأثر على الغبن فى عقد البيع أربعة شروط :

(١) أن يكون المبيع عقارا ، وهذا الشرط مأخوذ عن القانون الفرنسى للاعتبارات التى دعت الى الأخذ به فى ذلك القانون .

(٢) أن يكون العقار مملوكا لقاصر ، وهذا الشرط لاتتطلبه المادة ١٦٧٤ مدنى فرنسى ولكنه يتفق مع حكم الشريعة الاسلامية والمادة ١٣٠٥ مدنى فرنسى. ويلاحظ أن المحاكم توسعت فى فهم المقصود بالقاصر وطبقت الحكم لمصلحة جميع ناقصى الأهلية .

(٣) أن يقع البيع بغبن فاحش أى زائد على خمس الثمن ، وهذه النسبة مقتبسة من الشريعة الاسلامية كما تقدم. ويقدر الثمن وقت البيع ، ولاضرورة لتعيين خبراء كما فى القانون الفرنسى .

(٤) أن يقع الغبن على البائع لا على المشترى ، وهذا الشرط منقول عن القانون الفرنسى للاعتبارات ذاتها.

والدعوى التى كانت تثبت لناقص الأهلية المغبون عند توافر هذه

الشروط كانت دعوى تكملة الثمن لا دعوى الفسخ كما فى القانون الفرنسى . وهى دعوى شخصية منقولة وليست عقارية ، وكانت تسقط بمضى سنتين من تاريخ زوال سبب نقص الأهلية . ومتى حكم لناقص الأهلية بتكملة الثمن كان له أن ينفذ بالفرق أو يطلب الفسخ لعدم وفاء المشترى باقى الثمن .

وقد ظهر قصور حكم الغبن فى التقنين المصرى الملغى وعدم كفايته لعلاج حالات كثيرة كان يقع فيها غبن على أحد العاقدين لا تتوافر فيه الشروط سالفة الذكر ولكن العدالة تنادى بوجوب رفع هذا الغبن عنه لأن ارادته — ولو أنها كانت حرة سليمة لا أثر فيها لغلط أو تدليس أو اكراه — كانت مع ذلك ضعيفة أوهنها الهوى أو الشهوة الجامحة أو الايحاء الصادر من ذى نفوذ كبير . فهذا رجل كهل تزوج فتاة شابة فخلبت لبه وحملته بذلك على أن يمنحها أكثر أمواله ، أو ماتت زوجته فانقاد الى بعض أولاده المقيمين معه ووهبهم دون سائر أولاده جميع أمواله[1] ، وتلك زوجة فترت عاطفتها نحو زوجها ومالت الى غيره ميلا شديداً حملها على أن تحصل على الطلاق من زوجها الأول بثمن باهظ حتى تتزوج من الثانى[2] ، وهذه امرأة طاعنة فى السن وشديدة التدين تأثرت بنفوذ أحد رجال الدين عليها فأطاعت ما أوحى لها به من التصرف فى أكثر أموالها للكنيسة أو الهيئة الدينية التابع هو لها ، فلجأت المحاكم لابطال أمثال هذه التصرفات إلى ما كان الفقه والقضاء الفرنسيان قد ابتدعاه من نظريات لمعالجة مثل هذه الأحوال كنظرية التسلط على الارادة captation ونظرية الايحاء أو

---

(١) نقض مدنى ٢ يناير ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية ٣ — ٢٩٦ — ٨٩

(٢) استئناف مصر ١٢ يناير ١٩٣٦ المحاماة ١٦ — ٧٢٣ —

الاستهواء suggestion[1] .

وكان ذلك سببا فى أن يتجه المشرع عند وضع التقنين الحالى الى الأخذ الى حد ما بهذه النظريات ، مسترشدا فى ذلك بأحكام القضاء وبما جرت عليه أكثر التقنينات الحديثة .

١٣٠ — حكم الغبن فى التقنينات الحديثة — اتجهت التقنينات الحديثة، وأهمها القانون الألمانى والقانون السويسرى والقانون البولونى والقانون الايطالى الجديد والقانون اللبنانى ، الى الأخذ بالنظرية الشخصية فى الغبن ، فجعلت الغبن سبباً عاما لبطلان العقود ، ونظرت فيه الى التفاوت بين القيم الشخصية التى يقدر بها العاقد ما يأخذ ومايعطى لا الى القيم المادية للالتزامات المتبادلة .

وقد اختلفت هذه الشرائع فى تأسيس البطلان المترتب على الغبن ، فجعل القانون الألمانى أساسه عدم مشروعية العقد الذى ينعدم فيه التعادل بين قيم الالتزامات المتقابلة، ورتب على ذلك اعتبار العقد باطلا بطلانا مطلقا. أما الشرائع الأخرى الحديثة ، فقد رأت فى الغبن دليلا على وجود عيب فى الرضا ، بل اشترطت أكثرها أن يكون الغبن نتيجة استغلال أحد العاقدين لعوز الآخر أو طيشه أو عدم خبرته ، وترتب على ذلك اعتبار العقد باطلا بطلانا نسبياً لا مطلقاً .

---

(٤) نقض مدنى ٢٩ أبريل ١٩٤٣ مجموعه القواعد القانونية ٤ — ١٥٢ — ٥٥ وقد جاء فيه أنه متى كانت المحكمة قد استخلصت من وقائع الدعوى وظروفها أن السند المطالب بقيمته صدر من المورث بمحض ارادته واختياره ، ولم يؤخذ منه بالاستهواء أو التسلط على الارادة وكان هذا الاستخلاص سائغاً ، فلا تدخل لمحكمة النقض لأن ذلك من سلطة قاضى الموضوع ، انظر أيضاً استئناف مصر ٢٨ أبريل ١٩٤٠ المجموعة ٤٢ — ١٣٠ - ٨٢ ، استئناف أسيوط ٨ مايو ١٩٢٩ المحاماة ٩ — ٨٦١ — ٤٧٧ ، نقض مدنى ٩ ديسمبر ١٩٥٤ المحاماة ٣٦ — ٣٨ — ٨ مجموعة أحكام النقض ٦ — ٢٥٧ — ٣٣ .

١٣١ — حكم الغبن فى التقنين المصرى الحالى — رأى المشرع المصرى الحديث مسايرة روح عصره بالتوسع فى الاعتداد بالغبن ، فجعل من الغبن مبدأ عاما يجيز ابطال العقود أو انقاص الالتزامات الناشئة عنها اذا كان الغبن نتيجة استغلال أحد العاقدين طيشا بينا أو هوى جامحا عند العاقد الآخر ، ونص على ذلك فى المادة ١٢٩ من التقنين المدنى الحالى التالية مباشرة للنصوص المتعلقة بعيوب الرضا التقليدية، فدل بذلك على قصده الأخذ فى الغبن بالنظرية الشخصية واعتبار الاستغلال من عيوب الرضا ، ولكنه لم ينبذ النظرية المادية فى الغبن بل استمر يأخذ بها فى الأحوال المخصوصة التى كان القانون القديم ينص عليها ، ونص صراحة فى المادة ١٣٠ على أن يراعى فى تطبيق المادة السابقة عـــدم الاخلال بالأحكام الخاصة بالغبن فى بعض العقود أو بسعر الفائدة .

وبناء على ذلك صارت عندنا فى القانون المصرى الحديث نظرية عامة للاستغلال فى العقود تنطبق على البيع كما تنطبق على غيره من العقود ، وعندنا أيضا نصوص خاصة بالغبن فى عقد البيع (المواد ٤٢٥ وما بعدها)، فنعرض أولا لتطبيق نظرية الاستغلال على عقد البيع ، ثم للأحوال التى ينطبق عليها نص المادة ٤٢٥ وما بعدها .

١٣٢ — (١) تطبيق نظرية الاستغلال على عقد البيع :— تنص المادة ١٢٩ مدنى جديد على ما يأتى :

١ — اذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا ، جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد .

٢ — ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، والا كانت غير مقبولة .

٣ — ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الابطال اذا ماعرض مايراه القاضى كافيا لرفع الغبن .

ويبين من هذا النص أنه ينطبق على جميع أنواع العقود سواء منها المعاوضات كالبيع وغيره والتبرعات، بل انه ينطبق حتى على العقود الاحتمالية اذا توافرت فيها شروطه .

وقد رسم هذا النص شروط الطعن فى العقد بالاستغلال وبين الأحكام التى تترتب على هذا الطعن . ويهمنا فى هذا المقام تطبيق ذلك كله على عقد البيع .

١٣٣ - (أ) *شروط الطعن فى العقد بالاستغلال* — يشترط فى الطعن على عقد البيع بالاستغلال توافر ثلاثة شروط :

الأول اختلال التعادل اختلالا فادحا بين التزامات البائع والتزامات المشترى وبوجه خاص بين الثمن وقيمة المبيع .

والثانى استغلال أحد العاقدين ضعفا فى نفس العاقد الآخر .

والثالث أن يكون ذلك الاختلال فى التعادل نتيجة هذا الاستغلال .

١ — والمعول عليه فى اختلال التعادل بين قيمة المبيع والثمن ليست قيمة المبيع فى السوق بل قيمته عند المشترى، ويستوى فى ذلك أن يكون اختلال التعادل فى مصلحة المشترى أو فى مصلحة البائع .

فاذا احتاج المدين الى مبلغ من المال يقف به اجراءات نزع الملكية المتخذة ضده ، فانه يقدر كل جنيه من هذا المبلغ بجنيه ونصف مثلا . فاذا باع فى سبيل الحصول على هذا المبلغ عقاراً له بثلثى قيمته المادية، فلا يكون ثمة اختلال

فى التعادل بين قيمة المبيع وقيمة الثمن الشخصية فى نظر البائع . أما اذا باعه بثلث قيمته المادية فقط ، كان هناك اختلال فى التعادل لمصلحة المشترى .

واذا وجد أحد هواة جمع طوابع البريد طابعاً نادراً ينقصه لتكملة مجموعته، فانه يقدر قيمته بمقدار ماتزداد به قيمة تلك المجموعة، فى حين أن غيره من الهواة الذين يملكون مثل هذا الطابع أو الذين تنقص مجموعاتهم عدة طوابع أخرى لا يقدرونه بمثل هذه القيمة ، اذ يمكن أن يقدره هو بخمسة جنيهات بينما لا يقدره الآخرون بأكثر من جنيه واحد . فاذا اشترى الأول هذا الطابع بخمسة جنيهات ، لم يكن ثمة اختلال فى التعادل بين قيمة المبيع والثمن . أما اذا اشتراه بعشرة جنيهات ، كان هناك اختلال فادح لمصلحة البائع .

وتظهر الفداحة فى اختلال التعادل من مقارنة رقم هذه القيمة الشخصية للبيع برقم الثمن . ويملك قاضى الموضوع فى كل حالة تقدير الرقم الذى يبلغ به الاختلال فى التعادل حد الفداحة ولا يخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض بشرط تسبيب حكمه فى هذا الشأن تسبيباً سائغاً .

وقد يتبادر الى الذهن أنه لا محل للطعن بالاستغلال فى البيوع الاحتمالية لتعذر تحديد قيمة التزامات كل من الطرفين من وقت العقد[1]. ولكن المذكرة الايضاحية أشارت صراحة الى أن العقود الاحتمالية ذاتها يجوز أن يطعن فيها على أساس الغبن اذا اجتمع فيها معنى الافراط ومعنى استغلال حاجة المتعاقد أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف ادراكه[2] . وأهم تطبيق لذلك فى عقود البيع حالة بيع العقار فى مقابل ايراد مرتب مدى الحياة يقل قسطه السنوى كثيراً عن قيمة غلة هذا العقار السنوية. فقد تقدم أن الثمن يعتبر فى مثل هذه الحالة ثمناً حقيقياً يكفى لانعقاد البيع ، ولكنه يعتبر ثمناً بخساً . فاذا

---

(١) انظر كتابنا فى مصادر الالتزامات نبذة ٢٢٢ ص ٢٨٩ و ٢٩٠ .

(٢) المذكرة الايضاحية للمادة ١٢٩ فى مجموعة الاعمال التحضيرية جـ٢ ص ١٩١ .

كان واضحاً أن كسب المشترى من هذه الصفقة لا يتناسب مطلقاً مع ما يتعرض له من احتمالات الخسارة فيما لو طالت حياة البائع وانحطت غلة المبيع ، فان اختلال التعادل بين التزامات الطرفين يعتبر فادحا ويكفى للطعن على العقد بالاستغلال اذا توافرت سائر شروطه .

٢ — والشرط الثانى وجود ضعف من نوع خاص فى نفس أحد العاقدين هو طيش بين أو هوى جامح[1] ، ثم استغلال العاقد الآخر هذا

---

(١) ويلاحظ أن النص الأصلى للمادة ١٢٩ كان أوسع من ذلك كثيراً ، فكان يغطى حالات استغلال حاجة العاقد المغبون أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف ادراكه ، بل كان هناك نص المادة ١٧٨ من المشروع التمهيدى فى باب الاكراه يغطى حالات الخوف من المطالبة بحق وحالة النفوذ الادبى وحالة الضرورة ، ثم رؤى حذف هذا النص الاخير اعتماداً على نص المادة ١٧٩ التى هى أصل المادة ١٢٩ الخاصة بالاستغلال فى صيغتها الأصلية الواسعة ، فلما ضيق هذا النص الأخير وقصر على حالتى استغلال الطيش البين والهوى الجامح أصبح لا يغطى الحالات المشار اليها ، فتعين الرجوع فى شأنها الى تطبيق قواعد الاكراه أو غيره من عيوب الرضا (انظر السنهورى فى الوسيط جـ١ ص ٣٦٤ هامش ١ ، فاضل حبشى ، فى الامتداد القانونى لعقود الايجار ، رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة ص ٣٣ هامش ١) .

وقد أخذت محكمة النقض بذلك فى حكمها الصادر بتاريخ ٩ ديسمبر ١٩٥٤ الذى رفضت فيه الطعن فى حكم أبطل تصرفا بناء على ما ثبت من تسلط على ارادة المتصرف (مجموعة أحكام النقض ٦ — ٢٠٧ — ٣٣) ، حيث كان الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه قد خلص الى « أن المورث وقد تقدم فى شيخوخته وأناخ عليه المرض واشتد حتى شعر بدنو أجله انحلت ارادته ، فسهل التسلط عليه من أولاده فاستكتبوه العقود بثمن لم يقبضه ، وأنه ولو أن المجلس الحسبى لم يصدر قراره بتوقيع الحجر لوفاة المطلوب الحجر عليه أثناء اجراءات تحقيق طلب الحجر الا أن المجلس أذن للمدعيين برفع هذه الدعوى بطلب بطلان تصرفات مورثهما ، وفى ذلك أبلغ دليل على اقتناع المجلس حينئذ بصحة طلب الحجر عليه » . فقالت محكمة النقض « ومؤدى ماخلص اليه الحكمان من أن المورث — وقد كان مطلوباً الحجر عليه للعته على ما أثبته الحكم — انحلت ارادته ولم يكن فى حالة طبيعية وأن المجلس الحسبى اذ صرح للمطعون عليهما الأولى والثانية برفع الدعوى كان مقتنعاً بصحة طلب الحجر المبنى على السبب المذكور ، مؤدى ذلك أن المورث كان فى حالة من ضعف الارادة لا تتوافر معها صحة الرضا بالعقود الصادرة منه ، وهو ما جعله الحكمان أساسا لبطلانها ... وما خلص اليه الحكمان من ذلك تؤدى اليه وقائع للدعوى كما سبق بيانها ولا يشوبه قصور أو فساد فى الاستدلال » .

الضعف فيه لغبنه . والمقصود بذلك حالة نفسية خاصة يوجد فيها أحد العاقدين وتجعل رضاءه صادراً فى غير تبصر وتقديره للالتزامات المتبادلة غير سليم . وهذا ما يجعل الاستغلال نوعا من عيوب الرضا . ولا يكفى وجود هذه الحالة النفسية بأحد العاقدين بل يجب فوق ذلك أن يعلم بها العاقد الآخر وأن يقصد استغلالها للفوز بصفقة لا يتهيأ له الحصول عليها بدون استغلال مثل هذه الحالة النفسية .

٣ — ولا يكفى وجود العنصر المادى للاستغلال وهو اختلال التعادل بين التزامات كل من البائع والمشترى اختلالا فادحا ، ووجود طيش بين أو هوى جامح بأحد العاقدين وقصد العاقد الآخر استغلال هذه الحالة النفسية بل يجب أن يثبت أن العاقد المغبون ما كان يقبل التعاقد بهذا الغبن لولا استغلال الطرف الآخر طيشه البين أو هواه الجامح . أما لو ثبت أن الطرف المغبون كان يرضى بهذا التعاقد ولو لم يقصد الطرف الآخر استغلاله فلا تتوافر شروط الطعن بالاستغلال[١] .

١٣٤ — (ب) أحكام الطعن بالاستغلال — متى توافرت شروط الطعن بالاستغلال، جاز للعاقد المغبون أن يطلب اما أبطال العقد واما نقص التزاماته ، على أن يرفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، والا كانت غير مقبولة .

فاذا طلب المغبون ابطال العقد ، جاز للقاضى أن يجيبه الى طلبه اذا رأى أن الاستغلال بلغ حد افساد الرضا وأنه كان سبباً فى حمل العاقد المغبون على التعاقد . وفى هذه الحالة يجوز للطرف الآخر أن يتوقى ابطال العقد اذا عرض زيادة التزاماته بما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن الفاحش .

---

(١) أنظر فى ذلك كتابنا فى مصادر الالتزامات نبذة ٢١٤ ص ٢٩٢ ، أبو ستيت نبذة ١٩٦ .

أما اذا رأى القاضى أن الاستغلال لم يبلغ هذا الحد أو أن العاقد المغبون كان بغير هذا الاستغلال يقبل التعاقد بشروط معقولة ، جاز له رفض طلب الابطال والاكتفاء بنقص التزامات العاقد المغبون بائعاً كان أو مشترياً .

واذا طلب المغبون نقص التزاماته ، تعين على القاضى أن يجيبه الى طلبه متى توافرت شروط الاستغلال .

فاذا كان المغبون هو البائع ، تعين على القاضى أن ينقص ما يلتزم البائع بنقل ملكيته الى المشترى ولم يجز له أن يزيد فى الثمن الذى يجب على المشترى لأن ذلك قد يؤذى المشترى . وانما اذا عرض المشترى زيادة الثمن الى الحد الذى ينتفى معه الغبن الفاحش ، جاز له أن يتمسك بحقه فى اخذ المبيع كاملا اذ تنعدم مصلحة البائع فى نقص المبيع ويعتبر متعسفاً فى استعمال حقه اذا تمسك بذلك .

واذا كان المغبون هو المشترى ، تعين نقص الثمن الذى التزم به ولم يجز الزام البائع بزيادة مقدار المبيع بما يعادل الثمن المسمى ، لأن القانون نص على نقص التزامات المغبون ولم ينص على زيادة التزامات الطرف الآخر .

على أنه اذا كان المغبون يؤثر زيادة التزامات الطرف الآخر على نقص التزاماته هو ، كان سبيله الى ذلك أن يطلب الابطال ، فيحمل العاقد الآخر على أن يتوقاه بعرض زيادة التزاماته زيادة ترفع الغبن[1] .

١٣٥ — (٢) حكم خاص بالغبن فى حالة بيع مملوك عقار لغير كامل الاهلية — أورد المشرع فى التقنين المدنى الحالى نصاً يقابل نص المادة ٣٣٦/ ٤١٩

---

(١) أنظر كتابنا فى مصادر الالتزامات نبذة ٢٢٦ ص ٢٩٣ .

من التقنين الملغى حيث قرر فى المادة ٤٢٠ منه أنه «اذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان فى البيع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل . ويجب لتقدير ما اذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع» .

وظاهر أن هـذا النص قد رسم الشروط الواجب توافرها للاعتـداد بالغبن فى عقد البيع ، كما بين الجزاء الذى يترتب على الغبن الذى تتوافر فيه تلك الشروط .

أما الشروط ، فهى الشروط ذاتها التى كان يشترطها التقنين الملغى مع تعديل يسير فيها ، وهى :

(١) أن يكون المبيع عقاراً . أما إن كان منقولا ، فلا يجوز الطعن فى العقد الا وفقا لمـا تقدم فى نظرية الاستغلال . ويعتبر بيع المتجر fonds de commerce بيع منقول، فلا يجوز الطعن فيه بالغبن[1] وكذلك بيع المبنى بقصد هدمه والحصول على أنقاضه[2] .

(٢) أن يكون هذا العقار مملوكا لشخص لا تتوافر فيه الأهلية الـكاملة لبيع العقار محل التعاقد بالذات[3] ، سواء كان هذا الشخص عديم الأهلية أو ناقصها . وهذا تعديل ظاهرى فى نص القانون القديم الذى لم يكن يذكر الا القاصر ، فى حين أن المحاكم كانت تطبقه على جميع من لم تكن تتوافر فيهم الأهلية .

(٣) أن يقع فى البيع غبن يزيد على خمس ثمن المثل . ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع ، وأن

---

(١) السنهورى فى الوسيط ج٤ نبذة ٢٢٠ ص ٣٠٣ .

(٢) لبيب شنب ص ٥٣ .

(٣) فقد يكون الشخص ناقص الأهلية لبيع العقارات عموما ، ولـكنه يتمتع بالأهلية لبيع عقار معين فقط كما لو كان قد اشترى هذا العقار من كسب عمله أو كان هذا العقار قد أعطى للزوجة القاصر على سبيل المهر (أنظر ماسيجى فى نبذة ١٣٨) .

تراعى فى ذلك قيمته المادية بحسب قانون العرض والطلب ، لا قيمته الشخصية عند المشترى[1]. ويكفى توافر هذا الغبن دون حاجة الى ان تكون ارادة المغبون معيبة[2] .

(٤) أن يقع هذا الغبن على البائع لا على المشترى ، أى أن يكون البيع قد تم بثمن يقل عن أربعة أخماس ثمن المثل ، فيجوز للبائع أن يرفع الدعوى المنصوص عليها فى المادة ٤٢٥ . اما اذا تم البيع بثمن يجاوز ثمن المثل ، فلا يكون للمشترى هذا الحق ولو بلغت الزيادة ضعف ثمن المثل أو أضعافه الا إذا توافرت فيه شروط نظرية الاستغلال وفقاً لما تقدم فى النبذة السابقة .

(٥) ألا يكون البيع قد تم بالمزاد العلنى وفقا لأحكام القانون ، كما فى بيع مال المدين بيعاً جبرياً وفاء لديونه ، وبيع غير كامل الاهلية اذا اشترطت المحكمة اجراءه بالمزاد العلنى وتم البيع فعلا بالمزاد وفقا للاجراءات المقررة لذلك ، لأن نظام المزاد العلنى مفروض فيه أن يكفل للبائع الحصول على أعلى ثمن ممكن ، فلا محل معه لافتراض وقوع الغبن ولا للسماح للبائع بطلب تكملة الثمن .

ومتى توافرت هذه الشروط لا يكون للبائع طلب ابطال البيع بسبب الغبن وحده دون أن يكون هذا الغبن نتيجة غلط او تدليس او اكراه ، وانما يثبت له فقط حق طلب تكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل .

وترفع دعوى تكملة الثمن من الشخص الذى بيع عقاره بعد أن يستكمل أهليته أى بعد بلوغه سن الرشد أو رفع الحجر عنه، أو من ورثته بعد وفاته.

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ٤ نبذة ٢٢٢ ص ٤٩٧ .

(٢) والاصل أنه لايجوز الطعن بالغبن فى البيوع الاحتمالية لتعذر معرفة قيمة التزامات كل من طرفيها وقت العقد وبالتالى تعذر مدى ماتنطوى عليه من غبن . غير أنه اذا كانت ظروف البيع الاحتمالى تكشف فى جلاء عن أن التزامات المشترى لايمكن بأى حال أن تجاوز حدا معينا وكان هذا الحد الأقصى ينطوى على غبن بائع العقار بأكثر من خمس ثمن المثل ، جاز لهذا الاخير أن يتمسك بهذا الغبن وأن يطلب تكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل (لبيب شنب ص ٥٥ ، ديريز Deprez فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٥٥ ص١ وما بعدها) .

ويرى بعض الشراح أنه لا يجوز رفعها من الولى أو الوصى أو القيم باعتبار أن الحق فى تكملة الثمن حق متصل بشخص غير الكامل الأهلية [1]. ولكنا لا نرى أن هذا الحق متصل بالشخص بتاتاً ولا نرى مانعا من أن يباشره الولى أو الوصى أو القيم [2]، وإن كان ذلك غير متصور عملا الا فى حالة صدور البيع من ناقص الأهليـــة نفسه ، وفى هذه الحالة يغنى طلب الابطال بسبب نقص الأهلية عن طلب تكملة الثمن، أو اذا كان الولى أو الوصى أو القيم الذى صدر منه البيع قد تغير وحل محله غيره [3] . ولذلك لم يعول المشرع كثيراً على الأولياء أو الأوصياء أو القامة فى استعمال هذه الدعوى. فجعل مدة التقادم الخاصة بها لا تبدأ الا من وقت اكتمال الأهلية لمن بيع عقاره.

وفى جميع الأحوال يجب أن ترفع هذه الدعوى قبل انقضاء ثلاث سنوات من وقت اكتمال البائع أهليته أو من وقت موته اذا مات قبل أن تكتمل أهليته (المادة ٤٢٦ فقرة أولى) . ولا تقف هذه المدة ولو كان بين ورثة البائع من هو غير كامل الأهلية ولم يكن له نائب يمثله قانوناً ، لأن الوقف لا يسرى على التقادم الذى لا تجاوز مدته خمس سنوات (المادة ٣٨٢/٢ مدنى).

ومتى حكم للبائع بتكملة لثمن ؛ فاما أن يوفى المشترى فرق الثمن واما ان يمتنع . وفى هذه الحالة الأخيرة يجوز للبائع اذا لم يكن قد سلم المبيع الى المشترى أن يحبسه إلى أن يستوفى الفرق . كما يجوز له أن ينفذ بهذا الفرق على أموال المشترى بما فيها المبيع ، ويكون حقه فى فرق الثمن مضموناً بامتياز

---

(١) انظر الهلالى وحامد زكى نبذة ٤٧٤ ، كامل مرسى نبذة ١١١ .

(٢) فى هذا المعنى السنهورى جـ٤ نبذة ٢٢٣ ص ٣٩٩ ، منصور نبذة ٣٦ ص ٦٣ ، اسماعيل غانم ص٨٤ ، لبيب شنب ص٥٤ و ص٥٦ نبذة ٣٣ .

(٣) والغالب فى هذه الأحوال أن لا يتم البيع الا بعد استصدار اذن به من المحكمة ، وهى لا تأذن عادة الا بعد التحقق من عدم الغبن ، واذا حصل التصرف دون اذن المحكمة فانه يكون غير نافذ فى حق الشخص غير الكامل الأهلية .

البائع على المال المبيع ويجوز له أيضاً أن يطلب فسخ البيع لاخلال المشترى بالتزاماته[1].

واذا حكم له بالفسخ ، فان هذا الحكم لايحتج به على الغير حسن النية الذى تلقى من المشترى حقاً عينياً على العقار المبيع (المادة ٤٢٦ فقرة ثانية). فمثلا اذا باع المشترى العقار الى آخر وسجل هذا عقده قبل أن يرفع البائع الأصلى دعوى الفسخ أو بعد رفعها وقبل تسجيل صحيفة دعواها وفقاً لأحكام قانون الشهر العقارى، فان حكم الفسخ لايمكن أن يحتج به على المشترى الثانى، فيحتفظ هذا بملكية العقار ويستحيل حق البائع الأصلى الى تعويض ويشمل التعويض فى هذه الحالة قيمة المبيع كاملة ولايكتفى فيه بأربعة اخماسها[2]. ولذلك يكون من مصلحة البائع فى مثل هذه الحالة أن يبادر الى التأشير بحكم تكملة الثمن فى هامش تسجيل عقد البيع حتى يستطيع الاحتجاج بامتياز البائع على الغير الذين يكسبون حقوقا عينية على العقار بعد هذا التأشير . فاذا أراد رفع دعوى الفسخ بعد ذلك وجب عليه أن يستوثق أولا من أن المشترى لم يتصرف فى المبيع ، ثم يرفع دعوى الفسخ ويبادر الى تسجيل عريضتها حتى يستطيع الاحتجاج بحكم الفسخ - متى صدر - على من يكون قد سبق أن كسب حقاً عينياً على العقار فى الفترة ما بين تسجيل دعوى الفسخ وصدور الحكم فيها . أما اذا وجد قبل رفع دعوى الفسخ أن المشترى قد تصرف للغير فى العقار وأن الغير قد حفظ حقه بتسجيله ، انعدمت مصلحته فى الفسخ وكان الأولى به أن ينفذ بفرق الثمن على أموال المشترى فضلا عن حقه فى تتبع المبيع فى يد المتصرف اليه بمقتضى ما له عليه من امتياز .

ويلاحظ أن القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال قد ضيق من ولاية الأوصياء فى التصرف فى عقارات الأشخاص

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ٤ ص ٣٩٩ .

(٢) المرجع السابق ص ٤٠٢ هامش ٥ .

الذين لا تتوافر لهم الأهلية ، فاشترط فى صحةهذه التصرفات اذن المحكمة بها فى جميع الأحوال الا أن يكون التصرف صادراً من الأب فيما لايجاوز قيمته ثلثمائة جنيه ، وأجاز للمحكمة أن ترفض الاذن اذا كان فى البيع غبن يزيد على خمس القيمة (المادة ٧) ، فأصبح لا يتصور وقوع بيع ينطبق عليه حكم المادة ٤٢٥ مدنى الا أن يكون البيع صادراً من الأب فيما لايجاوز قيمته ثلثمائة جنيه أو يكون البيع صادراً من ناقص الأهلية نفسه . وفى هذه الحالة الاخيرة يغنى طلب ابطال العقد لنقص الاهلية عن طلب تكملة الثمن. غير أنه اذا وجدت للبائع مصلحة فى التمسك بالبيع ، جاز له أن ينزل عن حقه فى ابطال العقد فيجيزه ، ويبقى له حق تكملة الثمن . وتتحقق هذه المصلحة اذا نزلت قيمة العقار المبيع وقت الطعن بالغبن عما كانت عليه وقت البيع بحيث تكون تكملة الثمن التى يحصل عليها من وراء الطعن بالغبن خيراً له من استرداد المبيع اذا هو طعن فى البيع بالبطلان .

الفصل الثانى

أهلية العاقدين

١٣٦ — **التمييز بين الأهلية والولاية** — الأهلية — والمقصود هنا أهلية الأداء — هى صلاحية الشخص للقيام بنفسه بالأعمال القانونية والقضائية المتعلقة به . أما الولاية بالمعنى العام فهى صلاحية الشخص للقيام بالأعمال القانونية والقضائية المتعلقة بغيره ولحساب ذلك الغير[1] . وسنرى أن للولاية معنى خاصاً يقصد به الولاية الشرعية وهى التى تثبت بحكم القانون للأب وللجد الصحيح .

والأهلية هى شرط لصحة العقد . أما الولاية عن الغير فضرورية لانعقاد العقد باسم الغير . وكان المنطق يقضى باعتبار الولاية من شروط الانعقاد ويجعل جزاءها البطلان المطلق . غير أنه لأن بعض نصوص القانون وأحكام المحاكم تسمح باجازة العقد الذى يقع خارج حدود الولاية ، اعتبرت الشراح والمحاكم هذا العقد فى حكم العقد القابل للابطال . ولذلك جرينا معهم على تقريب الولاية من الأهلية ودراستها معها بمناسبة شروط الصحة .

وسنعرض فيما يلى للأهلية ، ثم للولاية ، ونختم المبحث الخاص بهذه بعرض حكم القانون الذى يمنع الموكلين فى البيع من شراء ما وكلوا فى بيعه .

---

(١) انظر كتابنا فى شرح القانون المدنى ج ١ سنة ١٩٦٧ ص ٦٠٨ نبذة ٣١٧ ، ج ٢ سنة ١٩٦٦ ص ١٤٦ نبذة ١٦٠ ، وأيضا بلانيول وريبير وبولانجيه ج ١ ط ٥ سنة ١٩٥٠ نبذة ٢١٥٠ .

المبحث الأول

فى الأهلية

١٣٧ — *الأهلية اللازمة لعقد البيع* — اتفقت الشرائع على الحاق أهلية الأداء بمسائل الأحوال الشخصية . وهذه المسائل يطبق فيها القانون تطبيقاً شخصياً لا اقليميا .

وقد نصت المادة ١١ من التقنين المدنى الحالى على أن أهلية الأشخاص يسرى عليها قانون الدولة التى ينتمون اليها بجنسيتهم (وكانت تقابلها المادة ١٣٠/ ١٩٠ مدنى قديم) .

وبناء على ذلك اذا كان العاقد أجنبياً ، كان الفصل فى أهليته لابرام عقد البيع أو عدمها وفقاً لقانون بلده : وان كان مصرياً ، فطبقاً للقانون المصرى.

ولأن الأهلية تدخل فى مسائل الأحوال الشخصية ، ولأن قانون الأحوال الشخصية بالنسبة الى المصريين يختلف باختلاف ديانتهم ، كانت أهلية المسلمين منهم تحددها فيامضى أحكام الشريعة الاسلامية ، وأهلية غير المسلمين تعين وفقا لقوانينهم الملية .

غير أن المشرع أصدر عدة تشريعات وحد بها أكثر أحكام الأهلية بالنسبة الى المصريين جميعا ، من ذلك قانون المجالس الحسبية الذى صدر فى سنة ١٩٢٥ ثم استبدل به قانون المحاكم الحسبية الذى صدر فى سنة ١٩٤٧ ثم المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال . ومن ذلك أيضاً النصوص التى ضمنها المواد ١٠٩ وما بعدها من التقنين المدنى الحالى .

وقد كان التقنين المدنى الملغى يتضمن فى باب البيع نصين خاصين بأهلية كل من البائع والمشترى (المادتان ٢٤٦ و ٢٤٧ / ٣١٢ و ٣١٣)، ولم يكن لوجود

هذين النصين فى باب البيع دون غيره سبب مفهوم ، وبخاصة أنهما كانا يميزان بين الأهلية اللازم توافرها فى البائع والأهلية اللازم توافرها فى المشترى ، مع أن البيع يعتبر بالنسبة الى كل منهما عملا من أعمال التصرف فلا محل لاختلاف الأهلية اللازمة فى كل منهما عنها فى الآخر .

لذلك رأى واضعو التقنين الحالى الاستغناء عن هذين النصين، والاكتفاء بالأحكام العامة المتعلقة بالأهلية .

وتقضى هذه الأحكام بتقسيم الأشخاص من حيث أهلية الأداء ثلاثة أقسام رئيسية :

الأول يشمل كاملى الأهلية أى الذين يجوز لهم مباشرة جميع التصرفات، ومنها البيع ، وهم الأشخاص الذين بلغوا سن الرشد وهى احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة ولم يحكم باستمرار الولاية أو بتوقيع الحجر عليهم[1] .

والثانى يشمل عديمى الأهلية وهم الصغير غير المميز أى الذى لم يبلغ السابعة من عمره والمعتوه والمجنون (المادة ٤٥ مدنى) . هؤلاء لا تكون لهم أهليه لمباشرة أى عقد من العقود . وان باشروا شيئاً منها وقع باطلا بطلانا مطلقاً (المادتان ١١٠ و ١١٤ مدنى) . غير أن هذا البطلان يتوقف فى حالة التصرفات الصادرة من المعتوه والمجنون على كون التصرف صادراً منهما بعد تسجيل قرار الحجر أو على ثبوت أن حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو على علم الطرف الآخر بها (المادة ١١٤ مدنى) .

والثالث يشمل ناقصى الأهلية وهم وفقاً للمادة ٤٦ مدنى كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة.

---

(١) المادة ٤٤ مدنى والمادة ١٨ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال .

ومظهر النقص فى أهلية هؤلاء أن حكم تصرفاتهم يختلف بحسب طبيعة هذه التصرفات . وقد قررت هذا الحكم المادة ١١١ مدنى حيث نصت على أنه « اذا كان الصبي مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضاً ، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً . أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون قابلة للابطال لمصلحة القاصر ، ويزول حق التمسك بالابطال اذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو اذا صدرت الاجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون » .

ويعتبر البيع بالنسبة الى كل من البائع والمشترى من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر ، شأنه فى ذلك شأن جميع العقود الملزمة للجانبين ، فيشترط فى كل من عاقديه أن يكون كامل الأهلية أى بالغا احدى وعشرين سنة ميلادية كاملة ولم يحكم باستمرار الوصاية أو بتوقيع الحجر عليه .

غير أن الصبي المميز ومن فى حكمه تكون لهم أهلية ناقصة بالنسبة الى عقد البيع ، بمعنى أن البيع الذى يصدر منهم — وان كان لا يعتبر صحيحا صحة كاملة كالعقد الذى يصدر من كامل الأهلية — ينتج آثاره ولكنه يكون قابلا للابطال بناء على طلب القاصر أو المحجور عليه .

هذه هى القاعدة فيما يتعلق بالصبي المميز ومن فى حكمه. غير أن القانون قد خرج على هذه القاعدة بأن وسع فى أهلية الصبي المميز بالنسبة الى بعض التصرفات فى حدود معينة لاعتبارات تتعلق ببعض الأموال التى توضع تحت تصرف الصبي أو تتصل ببلوغ الصبي سنا معينة .

فيتعين بعد أن عرفنا أنه يلزم فى ابرام البيع توافر الأهلية الكاملة أى بلوغ سن الحادية والعشرين دون صدور قرار باستمرار الوصاية أو توقيع الحجر ، أن نبين الأحوال التى يملك فيها الصبي المميز ومن فى حكمه أهلية البيع والشراء .

١٣٨ — أموال يملك فيها الصبي المميز أو من في حكمه أهلية البيع والشراء — على أن القانون قد اعترف للصبي المميز بالأهلية اللازمة للتعاقد بالبيع والشراء في بعض الأحوال وبشروط معينة نص عليها قانون الولاية على المال ، وأهمها :

(١) نصت المادة ٦١ من القانون المذكور على أن «للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط » ، فيملك القاصر بناء على ذلك أن يشترى بالنقود التي تعطى له لأغراض نفقته ما يلزمه من حاجيات . كما يملك اذا كان المال الذي سلم اليه لنفقته من غير النقود أن يبيعه ليشترى بثمنه ما يلزمه من حاجيات . وفي كلتا الحالين يقع البيع والشراء منه صحيحا في حدود المال المسلم اليه لنفقته ، فاذا جاوز هذه الحدود كان التزامه قابلا للابطال . ويلاحظ أن هذا الحكم ينطبق على القاصر أيا كانت سنه ما دام مميزاً لأن القانون لم يحدده بسن معينة، وأن القانون قد خص القاصر بهذا الحكم ولم ينص على سريانه على المحجور عليه لسفه أو غفلة كما فعل بالنسبة الى حكم القاصر المأذون له في تسلم أمواله وادارتها .

(٢) ونصت المادة ٦٣ على أن «يكون للقاصر الذي بلغ السادسة عشرة أهلية التصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته ». وبناء على ذلك يجوز للقاصر الذي بلغ السادسة عشرة ، وأصبح يكسب من عمله، أن يشترى مايشاء بكسب عمله ، ويقع شراؤه صحيحا مادام لا يلتزم فيه بأكثر مما يكسبه من عمله. واذا اشترى شيئاً بما كسبه من عمله ، جاز له أن يبيع هذا الشيء، ويكون بيعه صحيحا كما كان شراؤه . ويترتب على تخويل هذا القاصر أهلية التصرف فيما

يكسبه من عمله أن يكون له أيضاً أعمال الادارة فيما يتعلق بكسبه . ولا يسرى الحكم على المحجور عليه لسفه أو غفله لعدم نص القانون على ذلك .

(٣) نصت المادة ٦٠ على أنه « اذا أذنت المحكمة فى زواج القاصر الذى له مال ، كان ذلك اذنا له فى التصرف فى المهر والنفقة مالم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الاذن أو فى قرار لاحق » . ويبين من ذلك أنه اذا أذنت المحكمة فى زواج قاصر — والاذن لا يكون الا متى بلغت الصغيرة السادسة عشرة أو الصغير الثامنة عشرة وفقا للقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ — فان كان القاصر هو الزوج ثبت له أهلية اعطاء المهر والنفقة ، وان كانت الزوجة ثبتت لها أهلية التصرف فى المال المعطى لها على سبيل المهر أو النفقة، فيجوز لها أن تشترى به ما يلزمها من الحاجيات التى ينفق فيها المهر عادة أو من الحاجيات التى تشملها النفقة . وتكون لها فى هذا الشراء أهلية كاملة (المادة ٦٤) .

(٤) ونصت المادة ٥٤ على أن للولى أن يأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لادارتها ، كما نصت المادة ٥٥ على أن القاصر المشمول بالوصاية يجوز للمحكمة متى بلغ الثامنة عشرة أن تأذنه بعد سماع أقوال الوصى فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لادارتها . وفى كلتا الحالين يملك القاصر أن يباشر أعمال الادارة (المادة ٥٦) . ويدخل فى ذلك كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه هذه الادارة كبيع الحاصلات وشراء مايلزم للزراعة . وفى كلتا الحالين يملك القاصر أيضاً أن يتصرف فى صافى دخله بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانوناً (المادة ٥٦ فقرة ثانية).

ويسرى ذلك أيضاً على المحجور عليه للسفه أو الغفلة اذا أذنته المحكمة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لادارتها وفقاً للمادة ٦٧ من قانون الولاية على المال .

(٥) ونصت المادة ٥٧ على أن القاصر الذى بلغ الثامنة عشرة، يجوز له، سواء كان مشمولا بالولاية أو بالوصاية، أن يتجر اذا أذنته المحكمة فى ذلك. ويجوز أن يكون اذن المحكمة مطلقاً أو مقيداً. فى حدود هذا الاذن يكون للقاصر المأذون فى التجارة أهلية كاملة للبيع والشراء فيما يتعلق بتجارته .

المبحث الثانى
فى الولاية

١٣٩ — *الولاية اللازمة لعقد البيع* — تشترط الأهلية فيمن يتعاقد بنفسه لحساب نفسه . أما من يتعاقد لحساب غيره قاصداً الزامه ، فيجب أن تكون له ولاية التعاقد عن ذلك الغير والزامه بما يعقده هو على ذمته من عقود . والولاية المطلوبة فى كل عقد — كالأهلية — تختلف حسب طبيعة العقد ودرجة خطورته .

فالهبة مثلا تعتبر من العقود التى تأتى فى المرتبة الأولى من الخطورة لأنها عمل ضار بالواهب ضرراً محضاً، فيشترط فيمن يباشرها بالنيابة عن الواهب ولاية خاصة هى ولاية التبرع.

ويأتى بعدها فى درجة الخطورة عقد البيع ، وهو من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر ، ويشترط فيمن يباشره بالنيابة عن البائع أو عن المشترى أن تكون له ولاية التصرف.

١٤٠ — *تعيين حدود الولاية فى الأحوال المختلفة* — متى ثبتت لشخص ولاية التعاقد باسم غيره ، كان الأول نائبا عن الثانى وكان الثانى أصيلا والعلاقة بينهما علاقة نيابة .

وتنشأ النيابة اما من عقد بين طرفيها كما فى نيابة الوكيل عن الموكل ونيابة

مدير الشركة عن الشركة ، واما عن نص فى القانون كما فى نيابة الأولياء الشرعيين والأوصياء والقامة.

ويعين العقد فى الحالة الأولى ، أو القانون فى الحالة الثانية ، حدود النيابة. فيجب فى كل حالة الرجوع الى العقد أو الى القانون لتعيين حدود نيابة النائب ومعرفة ما اذا كان يملك ولاية مباشرة البيع والشراء عن الأصيل أو لا يملكها .

١٤١ — *فى أحوال النيابة الاتفاقية* — أهم أحوال النيابة الاتفاقية نيابة الوكيل . وهذه النيابة يعين حدودها عقد الوكالة . وقد عرفته المادة ٦٩٩ مدنى بأنه عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل .

واذا خصص التوكيل بعمل قانونى معين ، فانه لا يخول الوكيل صفة النيابة عن الموكل الا فى هذا العمل بالذات .

والوكالة من هذه الناحية ثلاث درجات : وكالة محددة ، ووكالة خاصة ووكالة عامة .

فالوكالة المحددة هى ما كانت مقصورة على عمل قانونى معين على وجه التخصيص ، كتوكيل شخص فى هبة أرض معينة أو فى بيع منزل معين . وهى تخول الوكيل ولاية مباشرة العمل القانونى المعين فيها . فاذا كان هذا العمل بيع عين معينة أو شراءها ثبتت للوكيل ولاية مباشرته .

والوكالة الخاصة هى ما كانت مقصورة على نوع معين من الأعمال القانونية كالبيع والصلح والاقرار ولو لم يعين فيها محل هذا العمل على وجه التخصيص (المادة ٧٠٢ فقرة ثانية) وهى تخول الوكيل ولاية مباشرة هذا النوع من الأعمال القانونية بالنسبة الى أى مال من أموال الموكل . فالوكالة فى البيع

تعتبر وكالة خاصة ولو لم يذكر فيها المال المراد بيعه ، وتخول الوكيل ولاية بيع أى مال من أموال الموكل .

والوكالة العامة هى التى ترد فى ألفاظ عامة لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانونى الحاصل فيه التوكيل . وهى لا تخول الوكيل صفة الا فى أعمال الادارة كالاجارة التى لا تزيد مدتها عن ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون ... الخ .

وظاهر أن الوكالة العامة لا تخول الوكيل ولاية البيع ، وأن الوكالة الخاصة والوكالة المحددة تخولانه اياها . ولكن الوكالة الخاصة تكفى فى تخويل الوكيل ولاية بيع أى مال من أموال الموكل ، ولا يشترط فى البيع أو الشراء بمقتضى توكيل عن الغير أن يعين فى التوكيل بالبيع المال المراد بيعه أو شراؤه .

١٤٢ — *فى أحوال النيابة القانونية* — تثبت النيابة القانونية بوجه خاص للأولياء الشرعيين والأوصياء والقامة ووكلاء الغائبين . وهم أشخاص يخولهم القانون صفة النيابة عن عديمى الأهلية أو ناقصيها فى كل التصرفات القانونية أو فى بعضها .

والقانون هو الذى يعين مدى ولاية كل من هؤلاء الأشخاص .

وقد تولى ذلك أول الأمر قانون المجالس الحسبية الصادر فى سنة ١٩٢٥ ثم استبدل به قانون المحاكم الحسبية الصادر فى سنة ١٩٤٧ ، ثم ألغى هذا القانون الأخير وحل محله المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الصادر فى ٢ أغسطس ١٩٥٢ .

وقد ميز القانون الأولياء الشرعيين وهم الأب والجد الصحيح فخولهما سلطات أوسع بوجه عام مما خوله الأوصياء والقامة ووكلاء الغائبين ، ولكنه فيما يتعلق بالبيع والشراء ميز الأب عن الجد .

ويعتبر الحارس القضائى أيضاً نائبا قانونا عن ذى الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة ، ويعتبر الدائن المرتهن رهنا حيازيا نائبا قانونيا عن الراهن فى ادارة المال المرهون .

١٤٣ — (أ) سلطة الأولياء الشرعيين — تثبت الولاية على مال القاصر للأب ثم للجد الصحيح اذا لم يكن الأب قد اختار وصيا (المادة الأولى من قانون الولاية على المال) .

والأصل فى الشريعة الاسلامية أن الولى الشرعى ، أباكان أو جدا ، يملك - فيما عدا التصرفات الضارة بمال الصغير ضرراً محضاً - مباشرة جميع أنواع التصرفات المتعلقة بمال الصغير مع بعض قيود وردت فيما يتعلق بالبيع ، أى أن الأصل فيها أن الولى يملك البيع بقيود .

غير أن القانون قد غاير فيما يتعلق بالتصرف فى مال القاصر .

فنصت المادة ١٥ من قانون الولاية على المال على أن لا يجوز للجد بغير اذن المحكمة التصرف فى مال القاصر اطلاقا ، سواء كان هذا المال عقاراً أو منقولا ، وسواء كان المنقول نقداً أو مالا آخر . فلا يجوز للجد وفقاً للقانون الجديد بيع شىء من مال القاصر أو شراء شىء له بثمن من ماله الا باذن المحكمة .

أما الأب ، فقد نصت المادة ٧ فقرة أولى من القانون على أن لا يجوز له أن يتصرف فى العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية اذا زادت قيمتها على ثلثمائة جنيه الا باذن المحكمة . ومؤدى ذلك أنه يجوز للأب بدون اذن المحكمة التصرف فى جميع أموال ولده القاصر المنقولة أيا كانت قيمتها ، ولا يستثنى من ذلك غير المحل التجارى والأوراق المالية اذا زادت قيمته أو قيمتها عن ثلثمائة جنيه . وكذلك يجوز له التصرف فى العقار اذا لم تجاوز قيمته ثلثمائة جنيه .

أما اذا زادت قيمة العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية عن هذا الحد ، فلا يجوز له التصرف فيها الا باذن المحكمة . ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الاذن فى هذه الحالة الا اذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر فى خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة (المادة ٧ فقرة ثانية). ومع ذلك يجوز للأب أن يتصرف بدون اذن المحكمة فى العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية اذا زادت قيمتها على ثلثمائة جنيه متى كانت هذه الأموال قد آلت الى القاصر من طريق التبرع من أبيه ، صريحاً كان التبرع أو مستتراً (المادة ١٣ من القانون) . وبالعكس من ذلك لايجوز للأب أن يتصرف فى أموال القاصر المنقولة أو فى أمواله العقارية ولو لم تجاوز قيمتها ثلثمائة جنيه الا باذن المحكمة وتحت اشرافها اذا كان مورث القاصر قد أوصى بأن لا يتصرف وليه فى المال الموروث (المادة ٨) .

ولا يجوز للولى ، أبا كان أو جداً ، أن يتصرف فى عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها الى الدرجة الرابعة الا باذن خاص من المحكمة (المادة ٧) . غير أن الأب يجوز له ، سواء فى الحالات التى يحتاج فيها الى اذن من المحكمة أو التى لايحتاج فيها الى اذن ، أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر الا اذا نص القانون على ذلك (المادة ١٤). أما الجد فلا يجوز له ذلك ويلزم تعيين وصى خاص للتعاقد معه (المادة ٣١) .

١٤٤ — (٢) *سلطة الأوصياء والقامة ووكلاء الغائبين* — نصت المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال على أنه لا يجوز للوصى أن يتصرف فى أموال القاصر العقارية أو المنقولة أيا كانت قيمتها الا باذن المحكمة . ولا يستثنى من ذلك الا التصرفات التى تدخل فى أعمال الادارة .

وبناء على ذلك لا يملك الوصى ولاية البيع أو الشراء بمال القاصر الا باذن

المحكمة . ولكن يجوز له أن يبيع الحاصلات المملوكة للقاصر أو أن يشترى للقاصر ما يلزم لزراعة أرضه بدون اذن المحكمة ، لأن هذه الأعمال وان كانت بحسب أصلها من أعمال التصرف تعتبر داخلة فى ضمن أعمال الادارة التى يملكها الوصى دون اذن المحكمة .

واذا حصل الولى على اذن المحكمة فى بيع مال القاصر ، فانه لايجوز له أن يبيعه لنفسه الا اذا أذنته المحكمة خصيصاً فى ذلك . وفى هذه الحالة لايجوز للوصى أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر ، ويجب عليه أن يطلب تعيين وصى خاص لابرام العقد معه وفقاً للمادة ٣١ فقرة ج من القانون .

ونصت المادة ٧٨ على أن تسرى الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء على القامة ووكلاء الغائبين، فتكون سلطة هؤلاء مماثلة لسلطة أولئك حسبما تقدم.

ويلاحظ أن الشريعة الاسلامية تبطل عقود الوصى التى تنطوى على غبن فاحش للقاصر . ولكن القانون الوضعى اكتفى بالحد من سلطة الوصى وبالزامه بالحصول على اذن المحكمة فى التصرفات التى يخشى منها بعض الخطر على مصلحة القاصر حتى يتسنى للمحكمة أن تراقب سلامة تصرفات الوصى المتعلقة بمال القاصر . ولم ير داعيا لاشتراط عدم الغبن الفاحش فى هذه التصرفات الا ما استثنى بنص خاص كبيع العقار (المادة ٤٢٥ مدنى) .

١٤٥ — **سلطة الحارس القضائى** — تعين المحكمة الحارس القضائى وفقاً لأحكام القانون (المواد ٧٢٩ مدنى وما بعدها) . فيعتبر الحارس نائباً قانونياً عن ذى الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة . ولكن لأن تعيينه متروك لتقدير القاضى ، ولأن القاضى يملك عند التعيين تحديد مأمورية الحارس (المادة ٧٢٣) ، فان سلطة الحارس فى البيع والشراء وطريقة البيع أو الشراء يرجع فيها الى الحكم الصادر بتعيينه . فاذا لم يخول الحكم الحارس

ولاية البيع أو الشراء ، فلا يكون للحارس الا مباشرة أعمال الادارة، ويلزمه الحصول على ترخيص خاص من القضاء فى مباشرة كل بيع أو شراء ما لم يكن مما تقتضيه أعمال الادارة (المادة ٧٣٥) .

١٤٦ — عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه بالبيع والشراء الا فى حالات استثنائية — تقدم فى نبذة ٦٢ أن المادة ١٠٨ مدنى حرمت على النائب أن يتعاقد مع نفسه دون ترخيص من الأصيل الا فى حالات استثنائية، وان المواد ٤٧٩ وما بعدها طبقت ذلك فى باب البيع . فنصت المادة ٤٧٩ على نهى جميع النائبين عن غيرهم فى البيع سواء كانت نيابتهم اتفاقية كالوكيل أو قانونية أو قضائية كالولى ، أباً أو جداً ، والوصى والقيم ووكيل الغائب والحارس القضائى الخ عن أن يشتروا لأنفسهم مال الأصيل، لتعارض مصلحتهم فى ذلك مع مصلحة الأصيل اذ أن مصلحتهم تقتضيهم الشراء بأقل ثمن ممكن فى حين أن مصلحة الأصيل تقتضيهم البيع بأعلى ثمن ممكن . فاذا ما اشتروا لأنفسهم ما نيط بهم بيعه يفرض فيهم أنهم اشتروه بأقل ثمن ممكن وأنهم جاوزوا حدود النيابة التى توجب عليهم أن يبيعوا بأعلى ثمن ممكن ، فلا ينتج البيع أى أثر فى ذمة الأصيل ، ما لم يكن قد تم باذن خاص ممن يملكه أو ما لم يجزه هذا بعد صدوره .

ويلاحظ أن النص قد استثنى من المنع الأحوال التى تنص قوانين أخرى على أنه يجوز فيها بيع النائب لنفسه . ومن هذه الأحوال ما تقدم عن بيع الأب مال ولده لنفسه ، أما الجد والوصى والقيم ووكيل الغائب فيتعين عليهم أن يطلبوا تعيين وصى خاص للتعاقد معهم فى مال القاصر . ولا يجوز لهؤلاء النائبين عن غيرهم بيع مال الأصيل لأنفسهم ، ولو اشتروه باسم مستعار ، ولو كان البيع حاصلا بالمزاد العلنى.

والنص الثانى قد سوى بين السماسرة والخبراء وبين النائبين المذكورين، بالرغم من أن السماسرة والخبراء لاينوبون عن صاحب المال ، لأن مهمتهم ايجاد من يشترى بأعلى ثمن أو تقدير المبيع تقديراً عادلا ، فيخشى اذا أجيز لهم الشراء أن تتعارض مصلحتهم مع مصلحة البائعين الذين وثقوا فيهم ، فيؤثرون مصلحتهم على مصلحة هؤلاء البائعين . ولذلك نص القانون على منعهم من شراء الأموال المعهود اليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أو بأسماء مستعارة(١) .

---

(١) راجع أيضاً ماتقدم فى نبذة ١٤٦ .

الفصل الثالث

جزاء شروط الصحة

١٤٧ — **اشارة الى قواعد البطلان النسبي** — تقدم أن جزاء شروط الانعقاد البطلان المطلق . أما جزاء شروط الصحة فهو البطلان النسبي أو قابلية العقد للابطال .

فاذا كان أحد العاقدين ناقص الأهلية أو شاب رضاءه عيب من غلط أو تدليس أو اكراه كان العقد قابلا للابطال .

واذا كان العقد ينطوى على اختلال فى التعادل الواجب توافره بين الثمن وقيمة المبيع ، فاما أن ينطبق عليه حكم المادة ٤٢٥ مدنى فيكون جزاء عدم التعادل دعوى تكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل ، واما أن ينطبق عليه حكم المادة ١٢٩ مدنى فيكون جزاء عدم التعادل قابلية العقد للابطال أو لنقص التزامات الطرف المغبون حسب الأحوال .

١٤٨ — **جزاء مجاوزة حدود الولاية فى البيع** — فاذا صدر البيع من شخص له ولاية على مال الغير ولكنه تجاوز فيه حدود هذه الولاية، كالوصى اذا باع مال الصغير دون استئذان المحكمة أو باع بأقل من الثمن المحدد بقرار المحكمة ، كان البيع حسب المبادىء المسلمة فى القانون الحديث باطلا بطلانا مطلقا لأن الوصى لم يقصد أن يلزم نفسه حتى ينتج العقد آثاره فى ذمته هو ، ولم تكن له صفة فى الزام الصغير بهذا العقد ، فلا ينشىء البيع التزامات فى ذمة الصغير ولا يكون له اذن أى أثر لا فى ذمة الولى ولا فى ذمة المولى عليه . غير أنه لما كان

مسلماً أن العقد ينتج أثره فى ذمة الصغير اذا أجازته المحكمة، فقد حدا ذلك كثرة الشراح والمحاكم الى القول بأن العقد لا يكون باطلا بطلانا مطلقا بل قابلا للابطال فقط ، وأن قابليته للابطال تزول متى أجازته المحكمة[١] .

وقد أخذت بذلك المذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى. ولكن هذا الرأى مردود بأن العقد القابل للابطال عقد ينتج جميع آثاره من وقت انعقاده ، وغاية الأمر أن هذه الآثار تكون معرضة للزوال ويكون زوالها موقوفا على الحكم ببطلان العقد ، فى حين أنه من المسلم أن العقد فى حالة صدوره ممن تجاوز حدود الولاية لا ينتج أى أثر الا اذا أجازه من يملك الاجازة ، فلا يمكن اعتباره باطلا بطلاناً نسبياً .

على أننا نسلم بأن مثل هذا العقد لا يصح أيضاً اعتباره باطلا بطلاناً مطلقاً ، لأنه من المسلم أنه يصح وينتج آثاره باجازة من يملك اجازته . ولو كان باطلا بطلانا مطلقاً ، لما أمكن أن تصححه الاجازة .

وعلى ذلك لا يبقى أمامنا الا تكييف الشريعة الاسلامية لهذا العقد ، وهو أنه عقد صحيح غير نافذ ، أى أنه ينعقد ولكن آثاره تكون موقوفة على اجازته ممن يملك ذلك[٢] . وقد أخذت المذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال بذلك صراحة حيث قالت انه « بديهى أن عدم الحصول على اذن المحكمة فى جميع الحالات التى يشترط فيها القانون ذلك يجعل تصرف الولى أو عقده بوجه عام غير

---

(١) نقض ١٦ يونيه ١٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية ١ — ١٣٢ — ٥٩ وأيضاً نقض مدنى ٢ يونيه ١٩٥٦ مجموعة احكام النقض ٧ — ٧٦٠ — ١٠٧ .

(٢) والقضاء الفرنسى كذلك لايعتبر عقد الولى الصادر منه دون اذن مجلس الأسرة أو دون تصديق المحكمة عقداً غير تام ، ولايعتبره تاما ومنتجا أثره فى ذمة ناقص الأهلية الا من تاريخ تصديق المجلس أو المحكمة (أنظر بلانيول وريبير وأسمان ج٦ نبذة ١٧٠).

نافذ فى حق الصغير لانتفاء النيابة »[١]

وهذا التكييف نفسه ينطبق على جزاء المنع الوارد فى المادتين ٤٧٩ و ٤٨٠ وذلك لما تقدم من أن بيع النائب لنفسه يعتبر صادراً منه خارج حدود الولاية المخولة له ، فيكون جزاؤه اعتبار العقد موقوفا على اجازته ممن يملك ذلك[٢] .

فالقائلون ببطلان العقد فى هذه الحالة بطلاناً نسبياً يجرون عليه قواعد هذا النوع من البطلان ، ويعتبرون أن الحق فى التمسك به يزول بالتنازل أو الاجازة وبالتقادم . ويتعين فى هذا القول أن تكون مدة التقادم خمس عشرة سنة من وقت العقد لا ثلاث سنوات فقط ، لأن هذه المدة الأخيرة يجب أن يكون لها مبدأ غير وقت ابرام العقد ، ولأن القانون لم ينص على مبدأ آخر للتقادم فى هذه الحالة .

أما فى تكييفنا العقد بأنه موقوف ، فلأن العقد لا ينتج آثاراً ما قبل اجازته ، لا يكون ثمة محل للحق فى ابطاله ولا لتقادم هذا الحق ، وإنما يكون هناك محل فقط لاجازته ممن يملك ذلك حتى ينتج آثاره .

---

(١) وكذلك أيضا بيع الفضولى أو شراؤه ، فانه يقع موقوفا على اجازة من حصل البيع أو الشراء لحسابه . فاذا اشترت والدة لابنها عقاراً فان هذا الشراء يتوقف على اجازة الابن ان كان كامل الأهلية والا فعلى اجازة وليه أو اجازة المحكمة . غير أنه اذا اشترت الوالدة العقار لابنها من مالها الخاص فان هذا الشراء لأنه ينطوى على منفعة محضة للولد يفرض فيه أجازة الولد أو المحكمة ، فينتج آثاره طالما لم يصدر من الولد أو من وليه او من المحكمة ما يفيد رفض الاجازة. وتطبيقا لذلك قضت محكمة الوايلى الجزئية بأنه ليس من مانع قانونى ان تقبل ام ان تشترى لولدها القاصر ومن مالها الخاص — لامن ماله هو — عقاراً من والد هذا القاصر الذى له الولاية عليه . ومثل هذا التعاقد صحيح تتوافر فيه شروط البيع كاملة ، ففيه رضاء المتعاقدين، أحدهما بالبيع والثانى بالشراء، واتفاقهما على المبيع وثمنه (الوايلى الجزئية ٢٩ مارس ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ — ٦٧٠ — ٢٣٤). وفى هذا المعنى أيضاً استئناف مصر ١٧ ابريل ١٩٢٨ المحاماة ٨ — ٩١٧ — ٥٥٦ .

(٢) راجع ما تقدم فى نبذة ٦٢ ونبذة ١١٨ ونبذة ١٤٥ .

الباب الثاني

آثار عقد البيع

١٤٩ — *نشوء التزامات في ذمة كل من البائع والمشتري* — تقدم أن البيع — بحسب تعريفه — عقد ملزم للجانبين ، فهو يلزم البائع بنقل ملكية المبيع في مقابل التزام المشتري بدفع الثمن . وهو فوق ذلك يلزم كلا من البائع والمشتري بالتزامات أخرى نص عليها التقنين المدني في المواد ٤٢٨ وما بعدها .

فالبائع يلتزم بنقل ملكية المبيع الى المشتري ، وبتسليمه اياه ، وبضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية .

والمشتري يلتزم بدفع الثمن وبدفع مصاريف عقد البيع وبتسلم المبيع .

وسنتناول التزامات البائع في فصل أول والتزامات المشتري في الفصل الثاني.

الفصل الأول

التزامات البائع

المبحث الأول

الالتزام بنقل ملكية المبيع

١٥٠ — من مستلزمات البيع فى القانون الحديث انشاء التزام بنقل ملكية المبيع — تقدم أن البيع لم يكن يترتب عليه فى القانون الرومانى نشوء التزام فى ذمة البائع بنقل ملكية المبيع الى المشترى ، وأنه كان يقتصر على الزام البائع بتمكين المشترى من حيازة المبيع الحيازة الأصلية التى تثبت عادة للمالك ومن الانتفاع به انتفاعاً هادئاً ، وكان يجوز أن يتفق الطرفان فى العقد على أن يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع الى المشترى ، وحينئذ فقط كان يحق للمشترى أن يطالب البائع بأن يقوم بما يلزم من المراسم أو الاجراءات لنقل ملكية المبيع اليه تنفيذاً لذلك الالتزام . فاذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق لم يمنع ذلك من اعتبار العقد بيعاً بالرغم من عدم الزامه البائع بنقل ملكية المبيع الى المشترى طالما انه كان يلزم البائع بتمكين المشترى من حيازة المبيع وبضمان انتفاعه به . أما اذا اتفق الطرفان على بقاء ملكية المعقود عليه لمالكه وعدم انتقالها منه الى الطرف الآخر ، فكان ذلك الاتفاق مانعاً من اعتبار العقد بيعاً . ولذلك قيل ان نشوء الالتزام بنقل ملكية المبيع كان يعد من طبيعة عقد البيع ولو أنه لم يكن من مستلزماته [١] .

أما فى القانون الحديث ، فقد صار الالتزام بنقل ملكية المبيع الى المشترى ليس من طبيعة البيع فحسب ، بل من مستلزماته أيضاً ، بل صار القانون يعرف البيع بأنه « عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شىء أو حقاً مالياً

---

(١) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط ج ٤ نبذة ٢٢٩ ص ٤٠٧ .

آخر ...» (المادة ٤١٨ مدنى) ، وقد تناول التقنين المدنى عقد البيع فى الباب الخاص بالعقود الواردة على الملكية، فكل عقد لا يترتب عليه نشوء التزام بنقل ملكية شىء أو أى حق مالى آخر متعاقد عليه لا يعتبر بيعاً بل عقداً من نوع آخر مسمى أو غير مسمى حسب الأحوال .

وهذا القول صحيح على اطلاقه ويصدق على كافة أنواع البيع، وذلك خلافا للقول بأن البيع فى القانون الحديث ناقل للملك بذاته اذ ان هذا القول الأخير مقيد بنوع معين من البيع تشترط فيه شروط خاصة (راجع نبذة ٧٩) ولا يصدق على أنواع البيع الأخرى التى لا تتوافر فيها هذه الشروط .

من ذلك يبين أن كل عقد بيع فى القانون الحديث لا بد أن ينشىء التزاما فى ذمة البائع بنقل ملكية المبيع الى المشترى .وأن بعض البيوع يتم فيها تنفيذ هذا الالتزام بمجرد العقد وبقوة القانون وهى التى يصدق عليها أنها ناقلة الملك بذاتها، وأن البعض الآخر يقتضى قيام البائع بنقل ملكية المبيع الى المشترى تنفيذا لالتزامه بذلك [1] ، وبالتالى يقتضى قيام البائع بالأعمال اللازمة لنقل الملكية [2]، كفرز المبيع المثلى واستيفاء المستندات والاجراءات التى تتطلبها مصلحة الشهر العقارى لتسجيل بيع العقار .

وليس يكفى أن نقرر أن كل عقد بيع لا بد أن ينشىء فى ذمة البائع التزاما بنقل ملكية المبيع الى المشترى ، اذ المهم هو تحديد كيفية تنفيذ هذا الالتزام أو طريقة تحقق انتقال الملكية من البائع الى المشترى .

وفى هذا يختلف الأمر بين ما اذا كان المبيع عقاراً أو منقولا ، وفى هذه الحالة الأخيرة بين ما اذا كان المنقول معينا بالذات أو معينا بالنوع .

---

(١) راجع ما تقدم نبذة ١٢ لبنة ٩٠ .

(٢) قرب السنهورى فى الوسيط ج ٤ نبذة ٢٣٣ و ٢٣٥ .

المبحث الثانى

نقل ملكية المنقول المعين بالذات

١٥١ — *نصوص قانونية* — بعد أن عرف القانون فى المادة ٤١٨ مدنى عقد البيع بأنه عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شىء أو حقا ماليا آخر، كان ينبغى أن يبين فى المواد التالية أحكام هذا الالتزام كما فعل بالنسبة للالتزامات الأخرى التى تنشأ من عقد البيع، ولكنه لم يذكر شيئا عنه اكتفاء بما أورده فى المواد ٩٣٢ وما بعدها بشأن كسب الملكية من طريق العقد بوجه عام وفى المادتين ٢٠٤ و٢٠٥ الخاصتين بأثر الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر .

فقد نص فى المادة ٩٣٢ على أن تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية فى المنقول والعقار بالعقد ، متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقا للمادة ٢٠٤ وذلك مع مراعاة النصوص الآتية ، وقرر فى المادة ٢٠٤ المشار اليها أن الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، اذا كان محل الالتزام شيئاً معينا بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل .

وواضح أن هذين النصين عامان ينطبقان على كل عقد ينشأ منه التزام بنقل ملكية شىء معين بالذات ، أى انهما ينطبقان على جميع العقود التى ترد على الملكية والتى نظمها المشرع فى الباب الأول من الكتاب الثانى الخاص بالعقود المسماة ، وفى مقدمتها عقد البيع .

ومؤدى تطبيق هذين النصين على الالتزام بنقل الملكية الناشىء من عقد البيع أن ملكية المبيع المعين بالذات تنتقل من البائع الى المشترى بقوة القانون ومن وقت الاتفاق على البيع ، فيصبح الالتزام المذكور منفذاً قانوناً من

وقت نشوئه بشرط أن يكون البائع مالـكا المبيع فى ذلك الوقت . ويكون انتقال الملـكية بمجرد العقد سواء فيما بين العاقدين أو بالنسبة الى الغير[١] .

وتطبيقاً لذلك اذا اشترى شخص حصاناً معيناً بذاته ، انتقلت اليه ملـكية هذا الحصان بمجرد توافق الارادتين على البيع ، وصار الحصان ملكا لمشتريه ولو لم يتسلمه هذا أو يدفع شيئاً من ثمنه ، لأن انتقال ملـكية المبيع لا يتوقف على تسليمه الى المشترى ولا على قيام الأخير بدفع الثمن كله أو أو بعضه . ويترتب على ذلك أن يكون للمشترى حق التصرف فى المبيع باعتباره مالكا اياه ولو قبل أن يتسلمه من البائع أو حتى قبل أن يدفع الى البائع ثمنه[٢] ويكون له ثمن المبيع ونماؤه وعليه تكاليفه من وقت العقد باعتبار كل ذلك متفرعا على الملـكية التى انتقلت اليه بمجرد العقد ، ويصبح لدائنى المشترى أن يوقعوا الحجز على الحصان المبيع اليه تحت يد بائعه قبل أن يسلمه هذا اليه ولا يـكون حينئذ للبائع أن يعارض فى الحجز أو يرفع دعوى الاسترداد بمقولة أن المشترى لم يدفع الثمن أو لم يتسلم المبيع . واذا أفلس البائع قبل تسليم المبيع ، يخرج المبيع من التفليسة ويختص به المشترى وحده باعتباره مالكا اياه ولا يشاركه فيه أحد من دائنى البائع[٣] .

ويلاحظ أن نص المادة ٢٠٤ قد ورد فى صيغة مطلقة تشمل المنقول والعقار على حد سواء متى كان معيناً بالذات . غير أنه اذ اشترط المشرع فى ختامه عدم الاخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل يكون فى الواقع قد جعل حكمه مقصوراً على الالتزام بنقل حق عينى على منقول معين بالذات لأن القواعد المتعلقة بالتسجيل — وهى يتضمنها الآن قانون الشهر العقارى —

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ٤ نبذة ٢٤١ — ٢٤٣ .

(٢) مع عدم الاخلال بامتياز البائع الضامن لوفاء باقى الثمن .

(٣) السنهورى فى الوسيط جـ٤ نبذة ٢٣٩ .

تجعل الالتزام بنقل حق عيني أصلي على عقار يحتاج في تنفيذه الى تسجيل التصرف المنشيء أو المقرر لهذا الالتزام (انظر أيضاً نص المادة ٩٣٤ وما سيجيء في نبذة ١٦٤وما بعدها) .

ويسرى حكم انتقال ملكية المبيع المعين بالذات بمجرد العقد على المبيع المثلي في البيع الجزاف vente eu bloc حيث يصبح المثلي معينا بالذات بظروف الزمان والمكان التي تحدده وتفرزه عن غيره ، فتنتقل ملكيته الى المشترى بمجرد العقد مع كل ما يترتب على ذلك من آثار تقدم بيانها[1] .

وقد يبدو الحكم الذى تقرره المادة ٢٠٤ غريباً من حيث انه يجعل التزام البائع مثلا بنقل ملكية المبيع المعين بالذات ينشأ ويتم تنفيذه — أو بعبارة أخرى ينشأ وينقضي — في لحظة واحدة ومع ذلك يتخلف عن انقضائه من وقت نشوئه أثر في غاية الأهمية هو انتقال ملكية المبيع من البائع الى المشترى. غير أن هذا الذى يبدو غريبا يفسره ما تقدم في نبذة ٩ وما بعدها عن تاريخ عقد البيع وتطور طريقة نقل الملكية بموجبه ، ذلك التطور الذى انتهى بأن يصبح عقد البيع - في الغالب الأعم — عقداً ناقلا الملك بذاته بحيث لا يظهر فيه أثر لنشوء التزام بنقل الملكية يحتاج الى تنفيذ الا في أحوال خاصة تعتبر استثناء من الأصل[2] .

---

(١) السنهوري في الوسيط ج٤ نبذة ٢٤٤ .

(٢) راجع بوجه خاص ما تقدم في نبذة ١٢ ص ٢١ والهامش ١ ، وقرب السنهوري في الوسيط ج٤ نبذة ٢٣٤ وما نقله عن بونكاز من قوله انه لا يوجد اليوم ما يمنع من القول بأن العقد ذاته ينقل الملكية دون افتراض التزام موهوم يسبق نقل الملكية وينقضي بمجرد أن ينشأ ، ويكفي للوصول الى هذه النتيجة القول بأن العقد حرك القانون فجعله ينقل الملكية ، وبذلك يكون القانون لا العقد هو الذى رتب الأثر . وفي هذا المعنى مازو في المسئولية المدنية ج١ نبذة ٩٦ هامش ٢ ، رابو Rabut رسالة دكتوراه عن الخطأ في القانون الخاص ص٧١ نبذة ٥٥ .

وأنظر أيضا مقال الاستاذ عبد المجيد الحكيم في مجلة القضاء العراقية العدد الثاني من سنة ١٩٦٦ حيث تساءل عما اذا كان يمكن أن يوجد التزام بنقل الملكية وهل يمكن =

١٥٢ – شروط تطبيق قاعدة انتقال ملكية المبيع بمجرد العقد – يبين من نص المادة ٢٠٤ ذاته أنه يتطلب شرطين أساسيين لانطباق حكمه هما أن يكون المبيع معينا بذاته وأن يكون مملوكا للبائع . وهناك شرط أولى يقتضيه توافر الشرطين المذكورين وهو أن يكون المبيع موجوداً وقت العقد لأنه اذا لم يكن كذلك تعذر أن يكون معينا بذاته ومملوكا للبائع .

ويؤخذ من نفس وضع المادة ٢٠٤ فى الباب الثانى الخاص بآثار الالتزام غير الموصوف وفى الفصل الأول منه المتعلق باستحقاق التنفيذ العينى وطريقة حصوله أنه يفترض أن الالتزام غير معلق على أجل أو شرط أى أنه مستحق الأداء ، ويعتبر ذلك شرطا رابعاً لانطباق النص . وكذلك يفترض هذا النص أيضاً عدم اشتراط القانون أى شرط آخر لنقل ملكية نوع معين من المنقولات .

= أن يكون للالتزام أثر ، ثم قال : «ما الالتزام الا أثر لمصدره، ومصادر الالتزام متعددة ، أحدها العقد . والعقد هو الذى ينشىء الالتزام ويوجب تنفيذه . والذى ينقل الملكية انما هو العقد ، فلا يبقى بعدئذ معنى لقولنا بأن الالتزام بنقل الملكية ينقل الملكية . أما الالتزام الذى ينشأ عن عقد البيع ، فهو التزام بتسليم المبيع . فاذا كانت الملكية تنتقل بالعقد ذاته ، فأين هو هذا الالتزام بنقل الملكية ؟ أن تعبير الالتزام بنقل الملكية يفيد وجود فترة من الزمن بين نشوء العقد وانتقال الملكية ، تماما كالذى كان عليه الحال فى القانون الرومانى فى مراحله الأولى. وهذا ما لا يمكن الأخذ به فى القوانين التى تأخذ بمبدأ الرضائية فى العقود . ان وجود هذا الالتزام لايمكن تصوره ، لما تقدم من انتقال الملكية بالعقد ونشوء الالتزام على عاتق البائع بتسليم المبيع » .

ويلاحظ على هذا القول انه يصدق تماما على الحالة التى نصت عليها المادة ٢٠٤ مدنى مصرى وهى حالة الالتزام بنقل ملكية منقول معين بالذات يملكه الملتزم ، ولكنه لايصدق على ماعداها من حالات كحالة الالتزام بنقل ملكية مال مستقبل أو مال عقارى أو منقول غير معين بذاته أو منقول معين بذاته وغير مملوك للملتزم وقت نشوء الالتزام . ففى كل هذه الحالات لا نزاع فى أن العقد ينشىء الالتزام بنقل الملكية وأن هذا الالتزام لاينقل الملكية بذاته من وقت العقد وانما يحتاج نقل الملكية الى قيام الملتزم بالأعمال اللازمة لتنفيذ التزامه ، وهذا هو الحكم المستفاد بمفهوم المخالفة من نص المادة ٢٠٤ مدنى المشار اليه .

وبناء على ذلك تكون شروط تطبيق قاعدة انتقال الملكية بمجرد عقد البيع خمسة، هى :

١ — أن يكون المبيع موجوداً وقت العقد لأنه اذا كان محتمل الوجود مستقبلا كما فى بيع محصول مستقبل أو سلعة يراد صنعها، فانه لا يكون بعد صالحاً لأن يرد عليه حق ملكية لا للبائع ولا للمشترى ، فلا يتصور أن تنطبق عليه القاعدة . فبيع المحصول المقبل لا يجعل المشترى مالكا هذا المحصول، بل يجعله فقط دائناً به للبائع . فاذا ما تحقق وجود المحصول فى وقت ما بعد البيع صار المشترى مالكا اياه ابتداء من هذا الوقت فقط لزوال المانع من نشوء حق الملكية وهو عدم وجود الشىء وبشرط توافر الشروط الاخرى الواردة فيما بعـد .

٢ — أن يكون المبيع معيناً بالذات وفقاً لما تقدم فى نبذة ٧٧ وما بعدها ، وهذا الشرط تقتضيه — فوق نص المادة ٢٠٤ عليه — طبيعة الأشياء، لأن الملكية — باعتبارها حقاً عينياً — لا يمكن ورودها الا على شىء معين بالذات . فلا تستطيع ارادة العاقدين وحدها أن تحقق أثراً تأبى طبيعته القانونية تحققه دون توافر شروطه . فاذ ورد البيع على مائة أردب من القمح مثلا غير معينة الا بنوعها ومقدارها ، كان عدم تعيين القمح المبيع بذاته مانعاً من انتقال ملكيته بمجرد عقد البيع ولو نص فى العقد صراحة على أن يصبح المشترى مالـكا القدر المبيع من وقت العقد .

على أن الأشياء المثلية التى يعتبر الأصل فيها أن تعين لا بذاتها بل ببيان نوعها ومقدارها يسرى عليها حكم المادة ٢٠٤ من حيث انتقال ملكيتها بمجرد العقد اذا عينت بظروف من الزمان أو المكان تميزها عن غيرها ، كما فى بيع الثمار الموجودة فى سلة معينة أو القطن الناتج من أرض محدودة فى موسم معين . ويستوى فى ذلك أن يكون الثمن محدداً جملة أو محدداً بسعر الوحدة . ويسمى البيع

فى الحالتين بيعاً جزافاً vente en bloc ويميزه عن البيع العادى للمثليات أن محله يكون معينا لا بعدده أو وزنه أو كيله أو قياسه ، بل بظروف من الزمان والمكان تفرزه عن بقية جنسه وتحدده تحديداً ذاتيا . هذا ولو تم البيع بسعر الوحدة وكان تعيين ثمن المبيع كله يقتضى عد آحاده أو وزنه أو كيله أو قياسه ، لأن ما يلزم لتعيين الثمن فى هذه الحالة غير لازم لتعيين المبيع ذاته ، فلا يتوقف عليه انتقال ملكية المبيع . وقد نصت المادة ٤٢٩ على أنه « اذا كان البيع جزافا ، انتقلت الملكية الى المشترى على النحو الذى تنتقل به فى الشىء المعين بالذات . ويكون البيع جزافا ولو كان تحديد الثمن موقوفا على تقدير المبيع » .

ويسرى هذا الحكم أيضا ولو اقتصر البيع على حصة شائعة من الشىء المعين جزافا كبيع نصف القطن الناتج هذا العام من الفدان الفلانى . أما اذا ورد البيع على ثلاثة قناطير مثلا من هذا القطن ، فانه لا يعد بيعا جزافا ولا يأخذ حكم بيع المعين بالذات ، بل يسرى عليه حكم بيع المعين بنوعه ومقداره .

ويسرى ذلك ايضا على بيع الأشياء المستقبلة ، حيث ان انتقال ملكيتها بمجرد تحقق وجودها يفترض كونها معينة بذاتها منذ وجودها ، كما فى بيع شىء تعهد البائع بصنعه خصيصا للمشترى كثوب او حذاء ، او تمثال او صورة ، وفى بيع محصول ارض معينة فى موسم بذاته . أما اذا ورد البيع على أشياء مستقبلة معينة بنوعها فقط ، فلا تنتقل ملكيتها بمجرد وجودها ، وانما لا بد فى ذلك من فرزها ، أى من تعيينها بالذات ، كما فى بيع عشرة قناطير من محصول القطن المقبل ، ولو عينت الأرض التى سينتج منها ذلك المحصول ، فلا تنتقل ملكية المبيع بمجرد ظهور المحصول ، بل بعد فرز القناطير العشرة من ذلك المحصول وتعيينها بالذات[1] .

---

(١) انظر السنهورى فى الوسيط ج٤ ص ٤١٨ هامش ١ ، أنور سلطان نبذة ١٦٠ ، البدراوى نبذة ١٣٥ ، بلانيول وريبير وهامل ج١٠ نبذة ١١ ، بيدان ج١١ نبذة ١٦٧ .

وكذلك اذا كان محل البيع تخييريا ، أى أحد شيئين أو أحد أشياء عدة، فلأنه لا يصبح معينا بالذات الا عندما يعمل صاحب الخيار خياره ، فان انتقال ملكية المبيع يتراخى الى ذلك الحين(١) .

(٣) وأن يكون المبيع مملوكا للبائع وقت البيع ، لأنه اذا لم يكن كذلك استحال انتقال ملكيته من البائع الى المشترى فور العقد. لأن فاقد الشيء لا يعطيه ولأن الملتزم لا يستطيع أن يدلى الى غيره بما لا يملك Nemo plus juris . وقد تقدم فى نبذة ٨٨ وما بعدها أن بيع ملك الغير عاجز لهذا السبب ذاته عن أن ينقل ملكية المبيع الى المشترى وأنه لذلك يكون قابلا للابطال الى أن يكسب البائع ملكية المبيع فتنتقل منه الى المشترى أو يقر المالك البيع فيترتب على اقراره انتقال الملكية الى المشترى(٢) .

(٤) وأن يكون التزام البائع بنقل ملكية المبيع التزاماً باتاً منجزا أى غير معلق على شرط ولا مضافا الى أجل ، والا فانه يكون مما يخالف قصد العاقدين انتقال ملكية المبيع الى المشترى من وقت العقد ، ذلك أن قاعدة انتقال ملكية المبيع المعين بالذات بمجرد العقد ـ أو اعتبار بيع المنقول المعين بالذات ناقلا الملك بمجرد ابرامه ـ لا تتعلق بالنظام العام ولا تنفى امكان الاتفاق على تعليق البيع كله على شرط أو على جعل تنفيذ الالتزام بنقل ملكية المبيع مضافا الى أجل أو معلقا على شرط ، وقد تقدم أن البيع بشرط التجربة تتوقف آثاره على نتيجة التجربة ، وأن الايجار الذى يقصد به البيع location-vente لا ينقل ملكية المبيع المعين بالذات الا بعد أن يتحقق شرط وفاء جميع أقساط الثمن فى آجالها ، كما أنه لا مانع من أن يشترط البائع فى عقد البيع أجلا لتنفيذ

---

(١) بلانيول وريبير وهامل ج ١٠ نبذة ١٠ وما بعدها .

(٢) أنظر فى تفصيل ذلك ماسيجىء فى القسم الثانى من هذا الكتاب .

التزامه بنقل ملكية المبيع ، فتبقى له الملكية ولا تنتقل منه الى المشترى حتى يحل الأجل المذكور[1] .

(٥) وأن لا يكون فى القانون نص على أن شيئاً معيناً لا تنتقل ملكيته بمجرد العقد كالنص الوارد فى المادة ٣ من القانون التجارى البحرى القاضى بأن ملكية السفن لا تنتقل بين المتعاقدين أنفسهم الا بموجب عقد رسمى .

---

(١) يرى الأستاذ السنهورى أنه لا يصح اضافة الالتزام بنقل الملكية الى أجل ، لأن حق الملكية حق دائم تستعصى طبيعته على التوقيت ، والأجل توقيت فلا يجوز أن تقترن به الملكية ، ويقول « فاذا اتفق البائع مع المشترى مثلا على ألا تنتقل اليه ملكية الدار المبيعة الا بعد سنة ينتفع فيها البائع بسكنى الدار ، وجب تفسير قصد المتبايعين بأن البائع اشترط الاحتفاظ بحق الانتفاع بالدار مدة السنة . أما الرقبة فتنتقل الى المشترى دون انتظار انقضاء السنة . والتفسير يفى بجميع الأغراض التى قصد اليها المتبايعان ، فقد احتفظ البائع بحقه فى سكنى الدار سنة ، وانتقلت الملكية فى الرقبة دون المنفعة الى المشترى قبل انقضاء السنة . واذا قلنا بغير ذلك ، وقررنا أن البائع يحتفظ بالملكية كاملة ، انتفاعاً ورقبة ، مدة السنة ، فهل يزيد حقه بذلك شيئاً ؟ الواقع أنه يكون فى نفس الوضع الذى احتفظ فيه لنفسه بحق الانتفاع فقط ، فهذا الحق وحده هو الذى يستطيع أن يستغله وأن يتصرف فيه . أما ملكية الرقبة لمدة سنة فلا يفيده شيئا ، ولا تجدى ملكية الرقبة الا اذا كانت دائمة » (السنهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٤٢٠ هامش ١) . ونحن مع تسليمنا بأن الملكية حق دائم تستعصى طبيعته على التوقيت نفرق بين الحق العينى ، حق الملكية ذاته الذى لا يجوز توقيته ، وبين الالتزام بنقل الملكية الذى هو بطبيعته كسائر الالتزامات قيد طارىء على الذمة ، له بداية ونهاية ، ومصيره حتما الى الزوال ، وبالتالى لا تستعصى طبيعته على التوقيت ولا تأبى اضافته الى أجل ، فلا مانع يمنع البائع من أن يشترط لنفسه أجلا لتنفيذ التزامه بنقل الملكية ، وقد يكون ذلك لا لاحتفاظه بمنفعة المبيع خلال الأجل ، بل لمجرد افساح الوقت له لاتخاذ الاجراءات اللازمة لنقل الملكية اذا كان يرى أن هذه الاجراءات تحتاج منه الى وقت وحتى يتفادى أن يطالبه المشترى قبل مضى الوقت الكافى بنقل الملكية اليه ولكى يدرأ عن نفسه مغبة التقصير فى الوفاء بالتزامه اذا لم يستطع الوفاء به قبل انقضاء الوقت الذى يقدره لذلك .

ونرى أن هذا التصوير أقرب الى قصد العاقدين من القول بأن اضافة الالتزام بنقل الملكية الى أجل يفسر بأنه احتفاظ للبائع بمنفعة المبيع مدة الأجل مع نقل ملكية الرقبة فوراً ، اذ أن هذا التفسير ان طابق قصد العاقدين فى بعض الحالات فانه لا يطابقه فى حالات كثيرة ، بل يندر أن تتجه ارادة الطرفين الى مايذهب اليه .

١٥٣ — مساوىء هذه القاعدة بالنسبة الى الغير — ومتى توافرت هذه الشروط انطبقت القاعدة وترتب عليها انتقال ملكية المبيع من البائع الى المشترى بمجرد انعقاد البيع . ويتم هذا الانتقال سواء فيما بين العاقدين أو بالنسبة الى الغير .

غير أنه يلاحظ أنه اذا كان من شأن ذلك أن يحقق ما يقتضيه التعامل فى العصر الحديث من يسر وسرعة ، فان من شأنه أيضا أن يخل بما ينبغى للتعامل من ثقة واستقرار .

فاذا اتفق تاجر مع مشتر على أن يبيعه ساعة معينة ، انتقلت ملكية هذه الساعة الى المشترى بمجرد الاتفاق ودون حاجة الى حصول التسليم. غير أنه اذا بقيت الساعة المبيعة فى حيازة البائع وقتا ما لأى سبب من الأسباب استطاع هذا أن يبيعها مرة ثانية الى مشتر آخر لأن وجودها فى حيازته من شأنه أن يبعث فى نفس المشترى الثانى الاعتقاد بأنها مملوكة له وبأنه قادر على بيعها اليه وتمليكه اياها. ولكن متى ظهرت الحقيقة وهى أن التاجر سبق أن باع الساعة ذاتها الى مشتر أول ، اتضح أن ملكيتها لم تكن له وقت البيع الثانى وترتب على ذلك عدم انتقال الملكية الى المشترى الثانى سواء أكانت الساعة المبيعة قد سلمت اليه أم لم تكن .

وظاهر أن النتيجة تجعل كل مشتر ليس فى امكانه أن يطمئن الى أن ما يشتريه من منقول معين لم يسبق للبائع بيعه الى آخر أى أن البائع اليه لا يزال مالكا ما يبيع وقادراً على نقل ملكيته اليه ولا سيما أن الغالب فى المنقولات أنها لا ترتبط بمقر ثابت يمكن الاعتماد عليه فى تنظيم شهر التصرفات الخاصة بها كما يمكن ذلك بالنسبة الى العقارات . ولا شك فى أن هذا الاخلال بالثقة الواجب توافرها فى التعامل يلحق بالتجارة وبالمعاملات أبلغ الضرر ، وأن الأمر يقتضى من هذه الناحية علاجا شاملا .

١٥٤ — علاج هذا العيب من طريق قاعدة « الحيازة في المنقول سند الملكية » — لم يغب عن فقهاء القرنين السابع عشر والثامن عشر عندما فكروا فى الاستغناء عن ذكر شرط التخلية فى العقود وافتراض وجوده فيها جميعا وتقرير انتقال الملكية بمجرد العقد ما يترتب على الأخذ بهذه القاعدة الجديدة من اخلال بالثقة الواجبة فى التعامل . فلجأوا فى علاج ذلك الى قاعدة استمدوها من قضاء المحاكم وهى تقضى بأن الحيازة فى المنقول مع السبب الصحيح وحسن النية تكون سنداً للملكية، وأوجزوا هذه القاعدة بقولهم ان الحيازة فى المنقول سند الملكية En fait demeubles, possession vant tire ومؤداها أن من يشترى منقولا معيناً من غير مالكه ويتسلمه منه بحسن نية يصير مالكا اياه بالرغم من أن البائع اليه لم يكن مالكا. فوفرت هذه القاعدة الحماية اللازمة للمشترى الثانى ، وأوجدت الثقة لدى كل من يريد التعامل فى منقول، وتضاءل بذلك عيب القاعدة السابقة القاضية بانتقال الملكية بمجرد الاتفاق ، اذ صار الانتقال الذى يتم بمقتضى هذه القاعدة لا يضر بمصلحة من يتعامل بعد ذلك مع حائز المنقول ذاته ويتسلمه منه بحسن نية .

وقد نص التقنين الفرنسى على هذه القاعدة فى المادة ٢٢٧٩ منه ، ونص عليها التقنين المصرى الملغى فى المادة ٤٦/٦٨ منه والتقنين الحالى فى المادة ٩٧٦ فقرة أولى منه ، وهى تقضى بأن «من حاز بسبب صحيح منقولا أو حقاً عينيا على منقول أو سنداً لحامله، فانه يصبح مالكا له اذا كان حسن النية وقت حيازته» .

ويشترط لتطبيق هذه القاعدة أربعة شروط هى :

١ — أن يكون محل الالتزام نقل ملكية شىء مادى منقول أو أى حق عينى على منقول مادى ، ويلحق بالمنقول فى هذا الصدد السند لحامله[١] ،

(١) الأصل أن قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية تسرى على المنقولات المادية دون الأموال المعنوية ، فهى لا تسرى على الحقوق الذهنية ولا على الحقوق الشخصية ، فلا تنتقل =

على ألا يكون المنقول المذكور من ملحقات عقار متعهد بنقل ملكيته، اذ فى هذه الحالة يتبع انتقال ملكية المنقول انتقال ملكية العقار ، كما اذا باع شخص منزلا بما فيه من أثاث وادعى آخر بأن المنزل والأثاث ملكه وطالب المشترى بهما قبل أن يتملكها هذا بالتقادم المكسب ، فلا يجوز للمشترى أى يحتمى فيما يتعلق بالأثاث بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية . وكذلك لا تسرى هذه القاعدة على الأموال العامة المنقولة كالآثار ولا على المنقولات التى ينظم انتقال ملكيتها نص خاص كالسفن البحرية (المادة ٣ من قانون التجارة البحرية) .

٢ — ان يكون وضع يد الحائز على هذا المنقول قد تم بقصد تملكه àtitre de propriètaire وقد نصت المادة ٩٤٩ فقرة ثانية مدنى على أنه « اذا اقترنت (الحيازة) باكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الاكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها ، الا من الوقت الذى تزول فيه هذه العيوب » . ويقول الشراح استنادا الى هذا النص ان الحيازة يجب أن تتم بطريقة خالية من الاكراه d'une facon paisible وأن تكون ظاهرة publique (أى غير خفية non clandestine) وغير موجبة للبس non – équivoque . غير أن محل اشتراط هذه الصفات فى حيازة العقار هو حيث يتطلب القانون لكسب الملكية من طريقها أن تستمر الحيازة مدة معينة. اما فى تطبيق قاعدة الحيازة فى المنقول، فان الحائز يكسب الملكية فوراً دون حاجة الى أن تمتد حيازته زمنا ما ، فيكفى فيها أن لا تتم خلسة أو عنوة، ويتحقق ذلك بمجرد توافر الشرطين التاليين . حيث ينفى توافر حسن النية حصول الحيازة خلسة ويستبعد توافر السبب الصحيح

=ملكية هذه الحقوق الا بالعقد بيعا كان أو حوالة. غير أن السند لحامله، لأن حق الدائنية المقرر به يندمج فيه اندماجا تاما فيمكن اعتبار تسليم السند تسليما للحق ذاته ، أى محلا لحيازته ، فيجوز أن تطبق عليه قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية (انظر شفيق شحاته فى الأموال نبذة ٢١٤) .

حصولها عنوة[1] .

ويلاحظ أن المقصود بوضع اليد والحيازة فى هذا الصدد الحيازة الفعلية التى تكون فى الغالب نتيجة تسليم حقيق livraison rèelle et effective فلا يكفى فيها التسليم باليد الطويلة traditio longua manu ولا التسليم بتغيير صفة الحيازة constitut possessoire ولا مجرد الاعذار بالتسليم . أما التسليم باليد القصيرة brevi manu ، فلأنه يترك الشىء ماديا فى يد المتصرف اليه ، فانه يؤدى الى حيازة فعلية يمكن الاستناد اليها فى التمسك بالقاعدة المذكورة فلو ترك المشترى المبيع تحت يد بائعه على سبيل الوديعة ، فانه لا يجوز له التمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية[2] ، وكذلك لو تسلم المشترى بوليصة الشحن ولم يتسلم البضائع المشحونة ، لأن مجرد تسلم البوليصة لا يجعل المشترى حيازة فعلية على البضائع . وقد نصت المادة ٩٥٤ مدنى على أنه اذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها ، وكان كلاهما حسن النية فان الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة .

٣ — أن يكون واضع اليد حسن النية de bonne foi أى معتقداً وقت تسلمه الشىء أنه تسلمه من مالكه ، ولا يشترط أن يظل على هذا الاعتقاد بعد تسلم الشىء . فلو كشف بعد ذلك أن ما كان تسلمه كان مملوكاً للغير ، فان ذلك لا يؤثر فى حقه الذى كسبه من طريق قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية .

٤ — أن يكون وضع اليد على المنقول قد تم بناء على سبب صحيح juste titre أى بناء على عقد أو أى سند آخر يصلح لنقل الملكية لو أنه كان صادراً من المالك ، كعقد بيع صادر من غير مالك أو من مالك سابق بعد أن باع

---

(١) المرجع والموضع السابقين .
(٢) فى هذا المعنى شفيق شحاته فى الأموال نبذة ٢١٥ .

المنقول مرة أخرى . ولا يعتبر العقد سبباً صحيحاً بهذا المعنى الا اذا كان خالياً من أى عيب يجعله باطلا أو قابلا للابطال غير صدوره من غير مالك . فلا يعتبر سبباً صحيحاً العقد الصوري ولا العقد الباطل لفقد أحد أركانه ولا العقد الذى تقرر ابطاله بسبب عيب من عيوب الرضا .

وقد وضع المشرع لمصلحة الحائز قرينة تعفيه من اثبات توافر السبب الصحيح وحسن النية لديه حيث قرر فى المادة ٩٧٦ فقرة ثانية أن الحيازة فى ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك . ولكن يجب أن يلاحظ أنه ولو أن الحيازة وحدها تعتبر قرينة على كل من، حسن النية والسبب الصحيح ، فان هذين الأمرين مستقلان متميزان أحدهما عن الآخر ولا تلازم بينهما . فيجوز اثبات عكس أى منهما وحده ، ويكفى اثبات سوء النية وحده أو نفى السبب الصحيح وحده لعدم انطباق قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية .

ومتى توافرت هذه الشروط الأربعة فى وضع اليد على المنقول اعتبر ذلك سنداً لملكية واضع اليد يجوز للأخير أن يستند اليه فى دفع دعوى الاستحقاق التى ترفع عليه من المالك السابق ، وهذا ما يحقق الثقة والاستقرار فى التعامل .

ويلاحظ أن انتقال الملكية الى الحائز فى هذه الحالة لا يتم من طريق العقد ولا يكون نتيجة للالتزام بنقل الملكية الناشىء من هذا العقد ، لأن هذا الالتزام لا يترتب عليه انتقال الملكية طالما أن الملتزم ليس مالكا . وانما يكسب الحائز الملكية عن طريق الحيازة بالشروط المتقدمة ويكون انتقال الملكية اليه لا من غير المالك الذى سلمه المنقول بل من المالك الذى لم يسلمه اياه ، أى أنها تنتقل اليه بقوة القانون دون ارادة المالك .

١٥٥ — تغيير قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية — ولأن الغرض من هذه القاعدة حماية واضع اليد حسن النية من دعوى الاسترداد التى يرفعها

عليه المالك، ولأن هذا الغرض انما يبرره قصد المشرع تدعيم التعامل وتحقيق الثقة والاستقرار فيه من جهة ، واعتبار واضع اليد بحسن نية أولى بالرعاية من المالك الذى ترك المنقول المملوك له فى يد غيره فعرض نفسه بذلك لخطر تصرف هذا الغير الى آخر حسن النية من جهة أخرى رأى المشرع أن يحد من تطبيق هـذه القاعدة بأن يستثنى منها الحالة التى يكون فيها المالك جديراً بالرعاية ، وهى الحالة التى يكون فيها المنقول قد فقد أو سرق منه ، ثم تصرف فيه من وجده أو من سرقه وسلمه الى شخص آخر حسن النية .

فالقاعدة بشروطها المتقدمة تحمى الحائز الأخير ضد دعوى المالك ، ولـكن المشرع آثر فى حالة الضياع أو السرقة حماية المالك ، فنص فى المادة ٩٧٧ فقرة أولى على أنه « يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله اذا فقده أو سرق منه أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة » .

وبناء على ذلك اذا توافرت شروط القاعده المذكورة فى الحائز ، لم يحل ذلك دون أن يسترد المالك الأصلى ماله المنقول من تحت يد الحائز اذا أثبت أن هذا المال لم يخرج من حيازته الا من طريق الضياع أو السرقة ، وبشرط أن يرفع دعوى الاسترداد فى ميعاد غايته ثلاث سنوات من تاريخ الضياع أو السرقة . وتعتبر هذه المدة مدة سقوط لا مدة تقادم ، فلا يقف سريانها فى حق القاصر أو المحجور عليه [١] .

ويلاحظ أن المالك يجب عليه فى هذه الحالة أن يثبت أولا سند ملكيته وفقا للقواعد العامة، ولا يقبل منه الاثبات بالبينة حيث توجب هذه القواعد

---

(١) شفيق شحاته فى الأموال نبذة ٢٢٢ .

الاثبات بالكتابة، كما يجب عليه أيضا أن يثبت الضياع أو السرقة وتاريخه ، ويجوز له اثباتهما بكافة الطرق .

ومتى أثبت المالك ذلك كله ، كان هو أولى من الحائز بالرعاية وحكم له بالاسترداد ، بالرغم من توافر حسن نية الحائز .

ولأن هذا الحكم استثناء وارد على قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ، يقتصر تطبيقه على الحالتين المنصوص عليهما ، حالتى السرقة والضياع ، ولا يجوز ان يقاس عليهما غيرهما كحالة خيانة الأمانة أو حالة الغصب [1] .

غير أن بعض الظروف قد تجعل الحائز أولى بالرعاية من المالك كأن يكون قد اشترى المنقول بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله . فحينئذ يجعل المشرع لهذه الظروف وزنا ويشمل الحائز برعايته كما حاط المالك بحمايته، فهو بعد أن خول المالك حق الاسترداد خلال ثلاث سنوات ، منح الحائز حسن النية الذى اشترى فى مثل هذه الظروف — الحق فى أن يقتضى من المالك طالب الاسترداد الثمن الذى بذله هو فى الحصول على المنقول ، وجعل له الحق فى أن يحبس المنقول عن مالكه حتى يوفيه هذا بالثمن المذكور (المادة ٩٧٧ فقرة ثانية) . ويقع على الحائز عبء اثبات شرائه المنقول فى سوق عام أو ممن يتجر فى مثله .

يتضح مما تقدم أن قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية وما يرد عليها من استثناء ومن تقييد للاستثناء انما يقوم كل ذلك على أساس الموازنة بين مركز كل من المالك الحقيقى وحائز المنقول وتقدير مدى

---

(١) الاسكندرية الابتدائية المختلطة ٢٣ فبراير ١٩٢٩ المحاماة ١١ — ٧٧٠ — ٤٠٣ ، استئناف مختلط ١٠ يناير ١٩٣٣ المحاماة ١٤ — ٥٤٠ — ٢٧٥ .

ما يستحقه كل منهما من رعاية بحسب الظروف المحيطة به ، وحماية من يكون منهما أولى بالرعاية فى كل حالة . واذا كان هذا التنظيم فى مجموعه يستهدف كفالة الثقة والاستقرار فى التعامل ، فانه لا يهمل جانب العدالة .

ويلاحظ أن هذا التنظيم كله يفترض توافر جميع شروط قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ، فاذا تخلف أى من هذه الشروط ، كأن يكون الحائز سىء النية أو ليس لديه سبب صحيح ، فلا يتملك الحائز المنقول او يجوز للمالك أن يسترده من الحائز ولو فى غير حالتى الضياع والسرقة ودون تقيد بمدة الثلاث سنوات وفى غير الزام عليه بأن يدفع للحائز ما قد يكون هذا بذله فى شراء المنقول من سوق عام او ممن يتجر فى مثله .

المبحث الثالث

نقل ملكية المنقول المعين بالنوع

١٥٦ — *المبيع المعين بالنوع لا تنتقل ملكيته الا بفرزه* — واذا كان المبيع منقولا لا معيناً لا بذاته بل بنوعه ومقداره، أى شيئاً من المثليات التى يختلط بعضها ببعض ويقوم بعضها مقام بعض ، فان ملكيته لا تنتقل من البائع الى المشترى بمجرد البيع، وذلك لأن الملكية حق عينى ولأن الحق العينى لا يرد الا على معين بالذات، فيكون عدم تعيين الشىء المبيع بالذات مانعاً من انتقال الملكية الى أن يتم التعيين بالذات فتنتقل الملكية بمجرد تمامه . والى أن يتم ذلك يكون المشترى صاحب حق شخصى فحسب يقابل التزام البائع بنقل الملكية وقد نصت المادة ٢٠٥ فقرة أولى مدنى على أنه «اذا ورد الالتزام بنقل حق عينى على شىء لم يعين الا بنوعه فلا ينتقل الحق الا بافراز هذا الشىء»، ونصت المادة ٩٣٣ فى باب كسب الملكية من طريق العقد على أن المنقول الذى لم يعين الا بنوعه لا تنتقل ملكيته الا بافرازه طبقا للمادة ٢٠٥. والإفراز هو عزل المقدار المتعهد به عن بقية الصنف بحيث يصير هذا المقدار معيناً بالذات، وذلك بأى

طريقة كانت سواء بوضعه فى مكان معين أو فى عبوات معينة أو بوضع علامة خاصة عليه ، دون حاجة إلى أن يقترن ذلك بتسليم هذا المقدار الى الدائن ، وان كان الغالب أن يتم الفرز وقت التسليم وتمهيداً لحصوله . ولذلك كانت المادة ٢٦٨/٣٣٨ مدنى قديم تنص على أن « لا تنتقل ملكية المبيع المعين نوعه فقط الا بتسليمه للمشترى » ، وقد اتفق الفقه والقضاء على أن الملكية تنتقل من وقت الفرز وعلى أن هذا النص انما ربطها بالتسليم جريا مع الغالب فقط من حصول الفرز عند التسليم . وهذا ما حدا واضع التقنين الحالى الى النص فى المادة ٢٠٥ على أن يكون انتقال الملكية فى المثليات بفرزها.

ويترتب على ربط انتقال ملكية المثليات بحصول فرزها ، أنه اذا باع شخص مائة قنطار من القطن الناتج من مزارعه أو الموجود فى شونه ، ثم أوقع آخر حجزاً على كل ما يملكه البائع من قطن أو على بعضه ، فليس للمشترى أن يعارض الحاجز أو يطلب استرداد القدر المبيع اليه استناداً الى عقد شرائه ، لأن هذا العقد لم ينقل اليه ملكية القدر المبيع طالما أن هذا القدر لم يكن قد تم فرزه قبل الحجز[1]

وكذلك اذا أفلس البائع قبل فرز المبيع ، وقع الأخير فى التفليسه ولم يجز للمشترى أن يرفع دعوى استحقاق بشأنه[2] .

ويلاحظ ما تقدم من أنه اذا بيع المثلى جزافا ، فان ملكيته تنتقل بمجرد العقد دون حاجة الى فرز .

---

(١) نقض فرنسى مدنى ٧ يناير ١٨٨٠ دالوز ١٨٨٠ — ١ — ١٢٩ استئناف مونليه ٢٩ يونيه ١٩٢٧ دالوز الأسبوعى ١٩٢٧ ص ٤٧٢ .

(٢) نقض فرنسى مدنى أول يولية ١٨٧٤ دالوز ١٨٧٦ — ١ — ٤٧٣ .

المبحث الرابع

نقل ملكية العقار المبيع

١٥٧ — **تاريخ انتقال ملكية العقار فى القانون الحديث** — تقدم أن مجرد الاتفاق أصبح فى القانون الحديث ينقل ملكية المبيع اذا كان منقولا معيناً بالذات ، وأنه ينقلها سواء فيما بين العاقدين أو بالنسبة الى الغير دون حاجة الى تسليم أو غيره ، خلافا لما كانت الحال عليه فى القانون الرومانى حيث كان انتقال الملكية يتوقف على اجراءات معينة — أهمها تسليم المبيع — كان من شأنها توفير شىء من العلنية فى انتقال الملكية . وتقدم أيضاً أن قاعدة القانون الحديث المذكورة تجعل انتقال الملكية . غير ظاهر أمره للملأ ، فلا يستطيع الناس أن يتبينوا حقيقة ملكية البائع ، اذ قد يكون حائز الشىء المتعاقد عليه بالبيع سبق له بيعه فصار غير مالك اياه وبالتالى عاجزاً عن أن ينقل ملكيته الى المشترى ، وقد يتم البيع من المالك الحقيقى وينقل ملكية المبيع الى المشترى دون أن يتسلمه هذا فلا يبدو أمام الناس مالكا ويظلون معتقدين أن البائع مازال مالكا فيأبون التعامل فيه مع مشتريه — مع أنه قد صار هو مالكه — ويؤثرون عليه التعامل مع البائع ولو أنه لم يعد مالكا اياه . وقد رأينا أن المشرع عالج هذا العيب الناشىء من عدم العلنية فى انتقال المنقول بتشريعه قاعدة « الحيازة فى المنقول سند الملكية » .

اما فيما يتعلق بنقل ملكية العقار ، فقد اتبع المشرع الحديث أول الأمر قاعدة انتقال الملكية بمجرد العقد (المادة ١١٣٨ فرنسى) ولم يستطع أن يقرنها بالعلاج الذى عالج به عيبها فيما يتعلق بانتقال ملكية المنقول لأن قاعدة « الحيازة فى المنقول سند الملكية » مقصورة بطبيعتها وبحسب منطوقها على المنقول دون العقار . فلما تبدت عيوب القاعدة الأولى فيما يتعلق بانتقال ملكية العقار وعمت

الشكوى منها ، اضطر المشرع الفرنسى الى علاجهامن طريق اصداره قانون ٢٣ مارس ١٨٥٥ الخاص بالتسجيل والذى قرر بموجبه أن ملكية العقار — ولو أنها تنتقل فيما بين العاقدين بمجرد العقد - لايكون انتقالها معتبراً بالنسبة الى الغير الا من وقت تسجيل العقد فى مكتب التسجيل الذى يقع فى دائرته العقار المبيع[١] .

وكانت طبيعة العقار — أى كونه مستقراً بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف - هى التى سمحت باتباع هذا العلاج فى شأنه وحده دون المنقول ، لأن العقار بحكم ثباته فى جهة معينة يمكن ربطه بمكتب ينشأ فى هذه الجهة وترصد فيه جميع التصرفات المتعلقة به ويستطيع الناس ان يطلعوا عليها فيه فيعرفون من آلت اليه ملكية عقار معين بالذات من طريق التصرفات التى سجلت بشأنه .

وقد حذا المشرع المصرى حذو المشرع الفرنسى فى ذلك عند وضعه القانون المدنى القديم ، فبعد أن قرر فى المادة ٤٥/٦٧ منه أن الملكية تنتقل بمجرد الاتفاق سواء كان المال منقولا أو ثابتاً (أى عقاراً) ، استدرك فى المادة ٤٧/٦٩ فقال : «أما الأموال الثابتة ، فالملكية والحقوق العينية فيها لا تثبت بالنسبة لغير المتعاقدين الا اذا صار تسجيلها على الوجه المبين فى القانون » .

وبناء على ذلك كانت الملكية تنتقل من البائع الى المشترى بمجرد العقد ، ولكن لا يجوز للمشترى أن يحتج بها على الغير (كدائن مرتهن أو مشتر ثان) الا اذا سجل عقده . فان لم يسجل اعتبر مالكا بالنسبة الى البائع اليه وغير مالك بالنسبة الى الغير الذين كسبوا على العقار حقا عينياً مسجلا .

فكان هذا النظام الذى يعتبر فيه الشخص الواحد مالكا وغير مالك

---

(١) انظر Baffaulie (J), L'évolution des effets de la transcription hypothècaire, thèse Paris, 1946.
Beurville (J.), Limites à la portée de la transcription en droit francais, thèse Paris, 1950.

فى الوقت ذاته مثار اشكالات كثيرة ، ولذلك قضى عليه المشرع المصرى بقانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ اذ ألغى المادة ٤٧ / ٦٩ المذكورة ونص فى المادة الأولى منه على أن الملكية وسائر الحقوق العينية لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم ، الا بالتسجيل.

وبذلك أصبح انتقال الملكية فى العقار مختلفا كل الاختلاف عنه فى المنقول ، وصارت قاعدة انتقال الملكية بمجرد الاتفاق مقصورة على المنقول دون العقار ، وأصبح الالتزام بنقل ملكية عقار عندما ينشأ من العقد لا يتم بقوة القانون ، بل يحتاج الى تنفيذ ، ويكون تنفيذه بالقيام بالاجراءات اللازمة لحصول التسجيل ، وهذه الاجراءات تتلخص فى كتابة العقد على ورق من نوع خاص تضعه الدولة تحت تصرف المتعاقدين ، ثم التأشير على هذا العقد من مصلحة الشهر العقارى بصلاحيته للشهر ، والتوقيع عليه أمام موثق أو موظف مختص بالتصديق على الامضاءات ، ثم تقديم هذا العقد للتسجيل ، وتسجيله فعلا .

ويجب على المدين بهذا الالتزام أن يعاون الدائن فيما لا يستطيع هذا أن ينفرد به من هذه الاجراءات كتقديم مستندات الملكية والتوقيع على العقد أمام الموثق ، فان قام بذلك يكون قد وفى بالتزامه اختياراً ، وان لم يقم به يكون ممتنعاً ويجوز للدائن أن يلجأ الى التنفيذ القهرى .

وقد اخذ المشرع الفرنسى بهذا النظام فى قانون صدر سنة ١٩٣٥ ثم استبدل المشرع المصرى بقانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى وهو لم يغير فى هذا الصدد شيئاً ، ثم صدر التقنين المدنى الحالى مشتملا فى نهاية المادة ٢٠٤ منه التى تقدم ذكرها على عبارة صريحة توجب مراعاة القواعد المتعلقة بالتسجيل ، وهى القواعد المتقدمة التى تجعل ملكية العقار لا تنتقل بمجرد العقد بل من وقت تسجيله

فحسب ، كما نصت المادة ٩٣٤ فقرة أولى منه على أنه « فى المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين العاقدين أم كان فى حق الغير ، الا اذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر العقارى » . ثم رأى المشرع أن يأخذ بنظام السجل العينى ، فاصدر به القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ على أن يطبق تدريجياً على كل منطقة يتم مسحها مساحة حديثة وبعد ستة أشهر من صدور قرار وزارى بتطبيق نظام السجل العينى عليها[١] .

وسنعرض فيما يلى لبيان نظام الشهر العقارى ووسائله بوجه عام، ثم نقصر الكلام على الشهر من طريق التسجيل ، فنبين اجراءاته ووظيفته والتصرفات التى تخضع له ومنها عقد البيع ، وأخيراً ندرس طرق تنفيذ الالتزام بنقل ملكية عقار ، فنتناول التنفيذ العينى الاختيارى ثم التنفيذ العينى القهرى ثم التنفيذ بمقابل .

§ ١ — نظام الشهر العقارى ووسائله بوجه عام

١٥٨ — *ضرورة الشهر العقارى وأهميته فى العصر الحديث* — تقدم فى بيان تاريخ انتقال الملكية العقارية من طريق العقد أن العمل أظهر ضرورة احاطة هذا الانتقال بشىء من العلنية حتى يستطيع أن يعلم كل ذى شأن بالنسبة الى العقار الذى يريد التعامل عليه من هو مالكه الذى يصح التعامل معه بشأنه ، مما اقتضى ايجاب شهر التصرفات الواردة على عقارات .

واذا كانت ضرورة ذلك قد بدت منذ القدم، فان أهميته فى العصر الحديث

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية لهذا القانون بعد بيان مزايا الشهر من طريق السجل العينى أن نظام السجل العينى لن يطبق دفعة واحدة على كافة أنحاء الجمهورية ، بل سيجرى تطبيقه تباعا و كل منطقة من المناطق التى يتم مسحها ، فكلما تم مسح منطقة من المناطق مساحة حديثة أمكن تطبيق هذا النظام عليها .

غير أنه يلاحظ أنه حتى أول يناير ١٩٦٨ لم يصدر أى قرار وزارى بتطبيق نظام السجل العينى فى أى منطقة من المناطق ، فلم يبدأ فى تنفيذ هذا النظام حتى الآن .

قد تزايدت أضعافا . فهي لم تعد تقتصر على توفير الثقة بين العاقدين وضمان سلامة التصرفات العقارية وتسهيل تداول العقارات. بل صار الشهر العقاري الدعامة الأساسية التي يقوم عليها الائتمان في كل بلد ، لأن استقرار نظام الملكية يساعد على منح مالكي العقارات ائتمانا كبيرا من قبل أصحاب رؤوس الأموال ، وبخاصة اذا لم يقتصر الشهر على التصرفات الناقلة للملكية فحسب ، بل شمل أيضاً كافة التصرفات الأخرى التي تنشيء على العقارات رهوناً أو حقوق امتياز أو تكاليف عينية أخرى . فبذلك يتاح للمقرض أن يقدر على أسس واضحة ثابتة من ملكية مستقرة وتكاليف محدودة واردة عليها قدر ما يستحقه طالب القرض من ائتمان مالي ، فينتج عن ذلك اطمئنان للمقرض وتشجيع له على الاقراض وبالتالي التيسير على راغبي الاقتراض في الحصول على ما يبتغون من قروض بشروط مناسبة لا ارهاق فيها .

وواضح أن لذلك أكبر الأثر في تنشيط سوق المال وفي انماء الاقتصاد الوطني لأنه يتيح للقادرين على استثمار الأموال أن يستعينوا بأموال غير القادرين عليه في انشاء المشروعات الصناعية والتجارية وزيادة الثروة القومية فيشيعون في البلاد رواجاً يعم خيره جميع الأهلين ، حتى أمكن القول بأن الائتمان في كل بلد هو عصب الاقتصاد الوطني .

لذلك عنيت البلاد المتقدمة اقتصاديا بنظام الشهر العقاري أكبر العناية ، وسارت في سبيل احكامه شوطاً بعيداً .

وهناك طريقتان أساسيتان تتنازعان حتى الآن نظام الشهر العقاري بين مختلف البلاد ، الأولى يكون فيها نظام الشهر شخصيا ، والثانية يكون فيها هذا النظام عينيا .

١٥٩ — (١) نظام الشهر الشخصي — في هذه الطريقة ينشأ في البلد الواحد سجل عام - أو سجلات محلية في مراكز الأقاليم - يرصد بها كل

تصرف منشىء حقاً عينياً عقارياً ، ويتم رصده باسم المتصرف ، وتوضع لهذا السجل- أو السجلات - فهارس منظمة بأسماء المتصرفين، بحيث اذا أراد ذو شأن أن يعرف ما اذا كان مالك معين قد تصرف فى عقار مملوك له ببيع أو رهن أو غيرهما استطاع أن يطلب شهادة من الأمين على سجل الشهر فى الجهة الواقع فى دائرتها العقار المذكور بالتصرفات التى قد تكون صدرت من ذلك المالك خلال فترة معينة يلزم فى الغالب عملا أن تشمل السنوات الخمس عشرة الأخيرة فيبحث الأمين عن اسم ذلك المالك فى فهارس سجلات السنوات المطلوبة ، فان لم يجده فيها كان ذلك دليلا على عدم صدور تصرفات منه فى المدة المذكورة ، وتعين عليه اعطاء الطالب شهادة سلبية .

وان وجده مرة أو مرات كان ذلك دليلا على صدور تصرف أو تصرفات من المالك المذكور فى عقارات واقعة فى الجهة المطلوب الكشف عنها وتعين عليه اعطاء الطالب شهادة ببيان هذه التصرفات . فيستطيع الطالب بعد ذلك أن يطلع فى السجل ذاته على كل من هذه التصرفات أو أن يطلب صورة كاملة من كل منها . وبذلك يتسنى له أن يعرف ما اذا كان العقار الذى يهمه باقيا على ملك المالك المذكور وخاليا من الحقوق والتكاليف العينية أم حصل التصرف فيه أو تحميله برهن أو امتياز أو بأى تكليف عينى . وفى ضوء ذلك كله يقدر حقيقة المركز المالى للشخص الذى يريد التعامل معه فيما يتعلق بعقاراته الكائنة بالجهة التى حصل الكشف عنها ومقدار ما يستحقه بسبب ذلك من ائتمان .

ومن خصائص هذا النظام أن الشهر طريق للعلنية فقط لا سبب لانتقال الملكية أو الحقوق العينية ، فهو لا بد أن يستند الى عقد صحيح لا تشوبه شائبة . أما اذا ورد على عقد باطل أو تقرر بطلانه فانه لا يكسب المتصرف اليه حقاً لأن الشهر لا يطهر عيوب العقد ، فيمكن استصدار حكم ببطلان

العقد المشهر والتأشير به فى هامش تسجيل العقد فيزول كل أثر لهذا التسجيل. وهذا هو النظام المتبع فى القانون الفرنسى وفى أكثر البلاد اللاتينية وفى القانون المصرى حتى الآن ، بالرغم من صدور القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بنظام السجل العينى .

ويعاب عليه :

١) أنه لا يعطى المتصرف اليه ضمانا بثبوت الحق المتصرف فيه له بصفة نهائية ، بل يعرضه للمنازعة فى حقه فى أى وقت وللحكم بزوال هذا الحق ، وبالتالى لا يعطى راغبى التعامل مع المتصرف اليه تأكيداً بأنه حقيقة صاحب الحق موضوع التصرف المشهر لصالحه .

(٢) أن الاستكشاف فى السجلات عن حالة عقار معين يقتضى أن يكون المستكشف متحققاً من شخص المالك الحقيقى لهذا العقار وعارفا اسمه واسم أبيه وجده بالكامل وكذلك أشخاص وأسماء المالكين السابقين الحقيقيين الذين تداولوا هذا العقار خلال المدة المطلوب الكشف عنها ، أى أنه يستلزم أن يكون الطالب قد اطلع على مستندات ملكية من يريد التعامل معه وفحصها وتحقق من سلامتها وكفايتها وكذلك بالنسبة الى مستندات ملكية من تلقى ذلك الشخص الملكية عنهم خلال مدة لا تقل عن خمس عشرة سنة . وهى مهمة شاقة طويلة تتخللها عقبات كثيرة ويمكن أن تقع فيها أخطاء متنوعة يكفى أيها لجعل الكشف فى السجلات غير جدير بالتعويل عليه ، ويكفى وجود هذا الاحتمال حتى يضعف الثقة فى نظام الشهر ويفقده أكبر مزاياه .

(٣) وتتضاعف هذه العيوب فى مصر وفى غيرها من البلاد التى لم يعم فيها استعمال اسم للأسرة الى جانب اسم الشخص ، وذلك بسبب تشابه الأسماء فيها وتعددها الى حد كبير جداً بحيث يسهل الخلط بين اسم شخص واسم غيره فتضاف تصرفات هذا الى ذاك أو العكس ، وبحيث يؤدى حذف واحد

من الأسماء المتعددة التى يتكون منها الاسم الكامل للشخص أو الخطأ أو التحريف فى أحد هذه الأسماء الى عدم سلامة الكشف وعدم صحة النتائج التى يؤدى اليها .

١٦٠ — (ب) نظام الشهر العينى أو نظام السجلات العقارية — أما الطريقة الثانية وهى المعروفة بنظام السجل العينى أو العقارى livre foncier فلا يكون الشهر فيها على هذا أساس أسماء الأشخاص الصادرة منهم تصرفات بل على أساس العقارات ذاتها ، بمعنى أن السجل الذى يتم فيه الشهر لا يمسك بحسب أسماء الأشخاص بل بحسب أرقام العقارات . فتخصص فيه صفحة لكل عقار يثبت فى أولها اسم مالكه وقت انشاء السجل أو اسم أول متصرف اليه بعد انشاء السجل ثم يثبت فيها بعد ذلك أولا فأولا كل مايرد على هذا الغقار من تصرفات واجبة الشهر ، بحث يمكن بمجرد الاطلاع عل هذه الصفحة معرفة تاريخ ملكية هذا العقار والملاك الذين تعاقبوا عليه منذ انشاء السجل والتصرفات التى صدرت من كل منهم ومن هو المالك الأخير وما اذا كانت ملكيته تامة وخالصة من الحقوق والتكاليف العينية أو غير ذلك .

ويقترن هذا النظام عادة بتخويل أمين السجل سلطة قصائية واسعة فى فحص صحة التصرفات التى تقدم للشهر وقبولها أو رفضها ، بحيث اذا قبلها وتم شهرها فان الشهر ذاته يعتبر هو سند الحق المشهر عنه فلا يتأثر هذا الحق بعد ذلك بالطعن على صحة العقد الذى تم شهره . وغاية الأمر أنه اذا ثبتت صحة الطعن يكون لمن يضار من الشهر الذى تم خطأ مطالبة الدوله بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب ذلك .

وظاهر أن هذا النظام يتفادى عيوب النظام السابق كلها ، فلا يحتاج المستكشف فيه الى أن يكون عالماً باسم المالك الأخير وأسماء المالكين السابقين

ولا الى أن يفحص مستندات ملكيتهم ويتحقق من أن الملكية قد آلت حقيقة الى الأخير منهم، ولا يهم فيه تشابه الأسماء وتعددها ولا تباينها وقلتها. وهو فوق ذلك يجعل الكشف سهلا ميسراً لا يحتاج الى البحث فى فهارس سجلات متعددة بقدر عدد الملاك الحاليين والسابقين مضروباً فى عدد السنوات المطلوب الكشف عنها كما هو الشأن فى نظام الشهر الشخصى ، وانما يكفى فيه الاطلاع على صفحة واحدة من السجل هى الصفحة المخصصة للعقار أو العقارات المطلوب الكشف عنها .

ولا شك أن من شأن هذه المزايا أن تسهل التعامل فى العقارات وتوطد الثقة فيه وتساعد على زيادة الائتمان العقارى .

غير أن الأخذ بهذا النظام يقتضى أولا وقبل كل شىء مسح عقارات البلد وتحديد موقع كل منها ومساحته وأطواله وبيان حدوده المميزة له تمييزاً دقيقاً وتعيين مالكه على وجه التحقيق تمهيداً لاعطاء كل منها رقماً خاصاً وتخصيص احدى صفحات السجل له . وواضح أن هذا العمل التمهيدى عمل شاق ودقيق يتطلب وقتاً طويلا ونفقات باهظة . لذلك لم تأخذ بهذا النظام الا بلاد تنتشر فيها الملكيات الكبيرة فيسهل حصرها وتحديدها وافراد صفحة لكل منها ، أو بلاد متقدمة اقتصادياً الى حد كبير صارت للائتمان العقارى فيها أهمية بالغة تبرر الاضطلاع بالأعمال التمهيدية اللازمة للأخذ بهذا النظام . ومن الفريق الأول أوستراليا ، فقد أدخل فيها هذا النظام بتشريع صدر فى سنة ١٨٦١ Torrens Act ، ثم تونس وبعض المستعمرات الفرنسية . ومن الفريق الثانى ألمانيا وسويسرا وغيرهما . وقد تقدمت الاشارة الى أن المشرع المصرى صحت عزيمته على الأخذ بهذا النظام نظراً لمزاياه العديدة وأصدر به القانون رقم ١٤٢/١٩٦٤ الذى نص فى قرار رئيس الجمهورية باصداره على أن « يصدر قرار من وزير العدل بتعيين الأقسام

المساحية التى يسرى عليها نظام الشهر على أساس اثبات المحررات فى السجل العينى ، ويحدد القرار التاريخ الذى يبدأ فيه هذا السريان ، على أن يكون هذا التاريخ لاحقا لصدور القرار بمدة ستة أشهر على الاقل . — ويستمر العمل بقوانين الشهر المعمول بها فى المناطق التى لم يطبق نظام السجل العينى فيها طبقاً لأحكام الفقرة السابقة (المادة ٢) ، وفى الفترة المشار اليها تستكمل المصلحة (مصلحة المساحة) اعداد السجل العينى للقسم المساحى على الوجه المبين بالقانون المرافق (المادة ٣) ، ويصدر باللائحة التنفيذية قرار من وزير العدل (المادة ٤) . ونظراً لعدم صدور اللائحة التنفيذية ولا القرار الوزارى المشار اليهما حتى الآن ، فان النظام الجديد لم يطبق بعد ، ولازال العمل جارياً بقانون الشهر العقارى (رقم ١١٤ / ١٩٤٦) الذى يقوم على نظام الشهر الشخصى .

١٦١ — *نظام الشهر المصرى المعمول به حتى الآن* — اتبع المشرع المصرى عند وضع التقنينات الملغاة فى سنة ١٨٧٥ نظام الشهر الشخصى بالرغم من عيوبه التى تقدم ذكرها . وقد اضطر الى ذلك بسبب العجلة التى وضعت بها تلك التقنينات والرغبة الملحة فى تنفيذ الاصلاح القضائى بأسرع مايمكن .

وبعد نحو أربعين سنة اقتضى الأمر مراجعة نظام الشهر ، فشكلت لجنة لهذا الغرض انتهت الى وضع قانون التسجيل الذى صدر فى سنة ١٩٢٣ وقد أخذت فيه أيضاً بنظام الشهر الشخصى ، بالرغم من اقتناعها بأفضلية النظام العينى ، لأنها رأت أن الأخذ بهذا النظام الأخير يقتضى اعداداً سابقاً طويل المدى لمسح جميع العقارات والتحقق من صحة مستندات مالكيها ، فوضعت القانون رقم ١٨/١٩٢٣ على أساس النظام الشخصى ولكنها اشترطت فى تطبيقه اجراءات كثيرة لاتتطلبها طبيعة هذا النظام بل تعتبر من الأعمال التمهيدية اللازمة لادخال نظام الشهر العينى فى مستقبل غير بعيد . ومن هذا القبيل

ما أوجبه القانون من ضرورة عرض كل عقد يراد شهره على مصلحة المساحة كى تقوم بتحديد العقار موضوع التصرف التحديد اللازم لافراد صفحة له فى السجل العينى الذى يراد انشاؤه مستقبلا، وما أوجبه على العاقدين من تقديم مستندات ملكية المتصرف واستيفاء جميع الاجراءات اللازمة لصحة التصرف كحصر الوراثة وضبط الاعلامات الشرعية واثبات الأهلية والتوكيلات وترخيصات الجهات المختصة عند الاقتضاء الخ. ومن هذا القبيل أيضاً ما أوجبه من تحرير العقود على ورق من حجم معين ونوع خاص ومن تصديق على توقيعات العاقدين ومن ضرورة حفظ أصول العقود فى أقلام التسجيل والاكتفاء باعطاء صور فوتوغرافية منها لذوى الشأن فيها الخ .

ولما دعت الحاجة الى مراجعة قانون التسجيل واضافة وسائل الشهر الأخرى اليه فى سنة ١٩٤٦ لم يكن تم مسح جميع العقارات وقدرت المدة اللازمة لاتمام مسح الباقى منها بأكثر من ثلاثين سنة أخرى ، فتعين استمرار الأخذ بنظام الشهر الشخصى حتى يتم الاعداد للأخذ بالنظام العينى ، وصدر بناء على ذلك قانون الشهر العقارى فى سنة ١٩٤٦ (القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦) . وقد قصد به تكملة قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ وعلاج بعض عيوبه الى أن يمكن ابدال نظام الشهر العينى به .

١٦٢ — وسائل الشهر العقارى فى النظام الشخصى للشهر — نص المشرع المصرى على ثلاث وسائل لشهر أنواع التصرفات العقارية هى التسجيل transcription والقيد inscription والتأشير الهامشى mention en marge (١)

والأول يتم بنقل صورة كاملة من العقد المحرر بين الطرفين ان كان عقداً

---

(١) يضاف الى ذلك طريقة خاصة لشهر المحررات العرفية للتصرفات السابقة على أول يناير ١٩٢٤ هى الشهر بطريق ايداع المحرر الثابت تاريخه قبل سنة ١٩٢٤ من غير طريق وجود توقيع أو ختم لانسان توفى (المادة ٥٧ من قانون الشهر العقارى) .

رسمياً أو يحفظ الأصل ذاته الموقع من الطرفين ان كان العقد عرفياً . وتخضع له التصرفات المنشئة والتصرفات المقررة لحقوق عينية أصلية على عقار والأحكام المتعلقة بذلك وبعض التصرفات الأخرى التى سيجىء ذكرها .

والثانى تخضع له التصرفات المنشئة أو المقررة حقوقاً عينية عقارية تبعية كحقوق الرهن والامتياز . ويتم بنقل بعض بيانات خاصة بهذه التصرفات فى سجل خاص بناء على قائمة قيد bordereau d' inscription يتقدم بها الدائن ويذكر فيها اسمه واسم المدين ومقدار الدين وفوائده ومصدره وتاريخه وبيان العقار الوارد عليه الحق العينى التبعى المراد قيده .

والثالث هو التأشير الهامشى يفترض وجود تسجيل أو قيد سابق يراد اجراء تعديل فيه أو تصحيح أو تكملة بناء على تصرف جديد أو حكم . فالحقوق العينية التبعية يتم شطبها من طريق التأشير به فى هامش قيدها الأصلى ، وكذلك حوالتها من الدائن الى غيره . والأحكام التى تصدر فى دعاوى سجلت صحيفتها يتم شهرها من طريق التأشير بها فى هامش ذلك التسجيل أو فى هامش تسجيل التصرف الذى صدر بشأنه الحكم .

والتسجيل هو الذى يهمنا الآن بمناسبة الكلام فى نقل ملكية العقار المبيع ، فنقصر عليه بحثنا مع الاشارة الى تسجيل الدعاوى والتأشير فى هامشه بما يصدر فيها من أحكام .

§ ٢ — التسجيل واجراءاته والتصرفات التى تخضع له

١٦٣ — نصوص القانون — نص قانون الشهر العقارى فى المواد ٩ و ١٠ و ١١ منه على المحررات الواجب شهرها من طريق التسجيل ، ونص فى المواد من ٢٠ الى ٣٦ منه على اجراءات التسجيل .

١٦٤ — **التصرفات التي يجب تسجيلها** — يجب التسجيل فى ثلاثة أنواع من التصرفات هى : (١) التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية الأصلية على عقار أو التى من شأنها نقل حق من هذا النوع أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشىء من ذلك . ويترتب على عدم تسجيلها أن الحقوق المشار اليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة الى غيرهم (المادة ٩ وهى تقابل المادة الأولى من قانون سنة ١٩٢٣) . ويدخل عقد البيع فى هذه الفئة من التصرفات واجبة التسجيل .

(٢) والتصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق المذكورة ويترتب على عدم تسجيلها أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير (المادة ١٠ وهى تقابل المادة الثانية من قانون سنة ١٩٢٣) .

(٣) وبعض التصرفات المثبتة لحقوق شخصية متعلقة بعقار رأى المشرع أنها تبلغ من الأهمية مبلغ الحقوق العينية فأوجب تسجيلها أيضاً . وهى الايجارات والسندات التى ترد على منفعة العقار اذا زادت مدتها على تسع سنوات والمخالصات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشىء من ذلك . ويترتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون نافذة فى حق الغير فيما زاد على مدة تسع سنوات بالنسبة الى الايجارات والسندات ، وفيما زاد على أجرة ثلاث سنوات بالنسبة الى المخالصات والحوالات .

١٦٥ — **اجراءات التسجيل** — الأصل فى التسجيل أن يتم بنقل صورة كاملة من المحرر المثبت للتصرف فى سجل معد لذلك واعادة المحرر لصاحبه بعد التأشير عليه وختمه بما يفيد تسجيله . وكان هذا هو المتبع فى مصر منذ

انشاء نظام التسجيل الحديث فيها تبعاً لانشاء المحاكم المختلطة والأهلية الى أول يناير سنة ١٩٢٤ تاريخ العمل بقانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ .

وقد ظهرت لهذه الطريقة عيوب كثيرة فى تسجيل المحررات العرفية ، لأنها تسهل اخفاء تزوير توقيعات المتعاقدين وتسمح عند نقل الصورة بتحريف مضمون المحرر زيادة أو نقصاً ، اذ أن ذا الشأن فى المحرر الذى قدمه للتسجيل كان يستطيع بعد أن يسترد الأصل أن يعدمه أو يخفيه وأن يتمسك بصورة رسمية منه يستخرجها من قلم التسجيل ، فتكون لهذه الصورة الرسمية حجية على الطرف الآخر دون أن يتيسر لهذا اثبات ما وقع فيها من تزوير أو تحريف بسبب عدم وجود أصل المحرر الذى يحمل توقيعات العاقدين وتعذر مراجعة الصورة عليه .

لذلك فكر المشرع عند وضع قانون التسجيل فى علاج هذه الحالة وانتهى الى تقرير الاحتياطات الآتية التى أخذ بها أيضاً فى قانون الشهر العقارى المعمول به الآن :

(١) لايقبل للتسجيل محرر عرفى ما لم يكن مصدقاً على التوقيعات التى يحملها من موظف مختص ، بعد أن يتحقق هذا الموظف من شخصية الموقعين ، وذلك تفادياً لتزوير التوقيعات أو لانتحال شخصية العاقدين .

(٢) لا يكتفى فى التسجيل بنقل صورة المحرر ورده الى صاحبه، وانما يتم التسجيل بحفظ الأصل ذاته حتى يمكن الرجوع اليه فى كل وقت لتحقيق مايدعى فيه من تزوير أو فى صورته من تحريف .

(٣) يعطى ذو الشأن صورة فقط من المحرر الذى قدمه للتسجيل، ولضمان مطابقة هذه الصورة للأصل الى أكبر حد تقرر أن يكون نقل هذه الصورة بطريق الفوتوغرافيا .

(٤) ونظراً لا يجاب حفظ أصول المحررات المسجلة فى مضابط مسلسلة اقتضى الأمر أن تكون الأوراق التى تكتب عليها هذه المحررات كلها من حجم واحد ونوع بذاته حتى يمكن ضم بعضها الى بعض بسهولة فتكون كل مجموعة منها مجلداً من السجل العام . وتحقيقاً لذلك وضعت الادارة نموذجاً معيناً من الورق الذى يصلح لذلك واشترطت كتابة المحررات واجبة الشهر على هذا الورق وأن تكون تلك الكتابة بالحبر الصينى حتى لا يعتريها البلى وحتى تكون صورتها الفوتوغرافية أكثر وضوحاً .

(٥) ولأن المشرع توخى عند وضع قانون التسجيل أن يمهد من ورائه لادخال نظام الشهر العينى ، فقد أوجب فى المحررات التى تقدم للشهر ذكر بيانات معينة خاصة بالمتعاقدين وبالعقار المتعاقد عليه . ولضمان سلامة هذه البيانات أوجب مراجعتها من مصلحة المساحة قبل التسجيل ، حتى تتاح لهذه المصلحة فرصة مسح جميع العقارات أولا فأولا وتحديد ذاتية كل منها تمهيداً لتخصيص صفحة له مستقلة عند انشاء السجل العينى .

وبناء على ذلك يجب فى بيع العقار أن يحرر العقد على ورق من النوع المخصص لذلك بالحبر الصينى وأن يوقعه كل من البائع والمشترى أمام موثق العقود أو الموظف المختص بالتصديق على التوقيعات وأن يتضمن العقد كافة أسماء العاقدين (بما فى ذلك أسماء آبائهم وأجدادهم) وكافة البيانات المساحية الدقيقة التى يجب الاستيثاق من صحتها بمراجعتها فى مصلحة المساحة والحصول منها على تأشير بأن المحرر صالح للشهر . وهى لا تعطى هذا التأشير الا بعد فحص مستندات ملكية البائع والتحقق من أنه حائز أهلية البيع أو له ولاية فى ذلك .

كل هذه الاجراءات التى فرضها المشرع منذ أول يناير سنة ١٩٢٤ لامكان تسجيل العقود ، ونصه على وجوب التسجيل لنقل ملكية العقار المعقود عليه ، كل ذلك جعل البعض يعتقدون أن عقد بيع العقار لم يعد رضائياً بل صار

عقداً شكلياً لأنه ما دام لاينقل الملكية الا بالتسجيل فانه لا يبلغ تمامه الا باستيفاء هذا الاجراء .

١٦٦ — *وظيفة التسجيل فى عقد بيع العقار لا تجعل منه ركنا فى العقد بل اجراء فقط لازما لتنفيذ الالتزام بنقل ملكية المبيع* — غير أن هذا الاعتقاد لاأساس له من القانون ، لأن المشرع اذ فرض تلك الاجراءات لم يفرضها باعتبارها شرطاً لانعقاد البيع بل شرطاً فقط لامكان تنفيذ أحد آثاره وهو التزام البائع بنقل ملكية العقار المبيع الى المشترى . ومما يدل على ذلك أن المشرع نص فى المادة الأولى فقرة ثانية من قانون سنة ١٩٢٣ (وتقابلها المادة ٩ فقرة ثانية من قانون سنة ١٩٤٦) على أنه يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار اليها (وهى الحقوق العينية الأصلية العقارية) لا تنشأ ولا تنتقل ولاتتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة الى غيرهم . ومؤدى ذلك أن ما يتوقف على تسجيل عقد البيع انما هو أثر البيع المتعلق بنقل حق عينى أصلى فقط هو فى الغالب حق ملكية العقار المبيع . أما ما عدا ذلك من آثار أو التزامات ينشئها عقد البيع فى ذمة كل من العاقدين فلا يتوقف على تسجيل العقد . وقد أوضح المشرع صراحة أنه يقصد ذلك ، بأن نص فى الفقرة الثالثة من المادة الأولى من قانون سنة ١٩٢٣ (وفى ما يقابلها من المادة ٩ من قانون سنة ١٩٤٦) على أن لايكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن .

وقد فسر القائلون بأن قانون التسجيل جعل عقد بيع العقار عقداً شكلياً لا ينعقد الا بالتسجيل هذين النصين الأخيرين بأن المقصود بهما أن عقد البيع غير المسجل يقع باطلا ولكنه يتحول الى عقد غير مسمى ينشىء التزامات شخصية . غير أن هذا التفسير لا محل له لأن المشرع لم ينص على جعل التسجيل شرط انعقاد ولا على أن يكون جزاء تخلفه بطلان العقد ،

ولا على أن العقد غير المسجل ينشىء التزامات أو آثاراً أخرى غير الالتزامات أو الآثار التى تترتب على البيع بوجه عام حتى يمكن القول بأن البيع غير المسجل يقع باطلا ولكن تترتب عليه التزامات شخصية تختلف عن الالتزامات التى تترتب عادة على عقد البيع[1] .

ولذلك لم يصادف رأيهم رواجاً يذكر ، وما لبث الفقه والقضاء أن استقرا على أن قانون التسجيل لم يغير من طبيعة عقد البيع الرضائية ولم يجعل من التسجيل ركناً فى البيع بل اقتصر على أن يجعل تنفيذ الالتزام بنقل ملكية العقار المبيع هو وحده الذى يحتاج الى التسجيل .

وقد قضت محكمة النقض بأن قانون التسجيل الصادر فى ٢٦ يونيه ١٩٢٣ لم يغير من طبيعة عقد البيع من حيث هو عقد من عقود التراضى التى تتم وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين . وانما هو فقط قد عدل آثاره بالنسبة للعاقدين وغيرهم ، فجعل نقل الملكية غير مترتب على مجرد العقد بل أرجأه الى حين حصول التسجيل ، وترك لعقد البيع معناه وباقى آثاره[2] .

١٦٧ — **آثار عقد البيع غير المسجل** — يخلص مما تقدم أنه بالرغم من اشتراط المشرع منذ العمل بقانون التسجيل ابتداء من أول يناير ١٩٢٤ تسجيل بيع العقار لامكان نقل ملكية المبيع الى المشترى ، فان بيع العقار ما زال يعتبر عقداً رضائياً يكفى فى انعقاده توافق الايجاب والقبول ، وأنه يترتب عليه بمجرد ذلك جميع آثار البيع بوجه عام .

واذا كان قانون التسجيل ومن بعده قانون الشهر العقارى قد جعلا تنفيذ

---

(١) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط ج ٤ نبذة ٢٧٢ .

(٢) نقض مدنى ١٧ نوفمبر ١٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية ١ — ١٤٣ — ٧٣ ، ٢٧ يناير ١٩٣٣ مجموعة القواعد القانونية ١ — ١٦٣ — ٩١ ، ٦ نوفمبر ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية ٣ — ٣٨٥ — ١٢٥ .

التزام البائع بنقل ملكية العقار المبيع الى المشترى لا يتم الا بتسجيل العقد، فان ذلك لا ينفى نشوء هذا الالتزام بمجرد العقد شأنه فى ذلك شأن سائر الالتزامات التى تترتب على عقد البيع . وغاية الأمر أن القانونين المذكورين قد ردا هذا الالتزام الى القاعدة الأصلية فيما يتعلق بنشوء الالتزامات أولا ثم تنفيذها أو الوفاء بها بعد ذلك ، بدلا من اخضاعه الى القاعدة التى استحدثت فى بدء القرن الماضى وهى التى تقضى بأن الالتزام باعطاء شىء يتم تنفيذه بقوة القانون بمجرد نشوئه أى بمجرد توافق الارادتين .

وبناء على ذلك ينشأ من عقد البيع غير المسجل التزام فى ذمة البائع بنقل ملكية العقار المبيع الى المشترى ، وسنخص هذا الالتزام ببحث مستقل لنرى ما يقابله من حق للمشترى، وما محله وكيف يتم تنفيذه تنفيذاً اختياريا أو تنفيذاً جبريا، سواء أكان ذلك التنفيذ عينياً أم بمقابل. غير أن هذا الالتزام لا يمنع البائع من طلب تثبيت ملكيته الى المبيع ضد من ينازعه فيه ، عدا المشترى فانه يلتزم بعدم التعرض له بمقتضى الضمان المتولد من العقد[1].

ويترتب فوق ذلك على عقد البيع غير المسجل التزام البائع بتسليم العقار المبيع الى المشترى من وقت العقد ، هذا ما لم يتفق على غيره، ويتضمن ذلك الزام البائع أيضاً بالمحافظة على العقار المبيع بالحالة التى كان عليها وقت العقد الى أن يتم تسليمه . فيجوز للمشترى مطالبة البائع بتسليمه العقار المبع ولو قبل تسجيل العقد وانتقال الملكية اليه[2] ، ويجوز له أن يحبس الثمن حتى يتسلم العقار .

وكذلك يترتب على البيع غير المسجل الزام البائع بضمان المبيع للمشترى[3]، ويقابل ذلك حق المشترى فى الرجوع على البائع بالتعويض اذا حصل له

---

(١) نقض مدنى ١٨ ديسمبر ١٩٥٨ المحاماة ٣٩-٣-١٠١٣-٤٢٢ .

(٢) نقض مدنى ١٧ نوفبر ١٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية ١-١٤٣-٧٣ .

(٣) أنظر نقض ٢١ نوفبر ١٩٥٣ المحاماة ٣٥-١٠٥٨-٤٤٦ ـ نقض ١٨ ديسمبر ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩-٧٧٦-١٠٢ .

تعرض فى المبيع من الغير أو من البائع نفسه أو قضى للغير باستحقاق العقار المبيع[١]، أو ظهرت فى المبيع عيوب كانت خفية .

وفى ذمة المشترى ينشىء البيع - بالرغم من عدم تسجيله - التزاما بدفع الثمن ونفقات العقد والتزاما آخر بتسلم المبيع ، وكل هذه الالتزامات لاشأن لها بانتقال الملكية ولا تتوقف على حصول التسجيل ، فيجوز للبائع المطالبة بتنفيذها بمجرد انعقاد العقد ما لم يتفق على غير ذلك .

ويترتب أيضا على البيع ، بمجرد انعقاده ومن قبل تسجيله ثبوت حق المشترى فى ثمار العقار المبيع وريعه من وقت العقد[٢] ، سواء نفذ البائع التزامه بالتسليم أو لم ينفذه ، وسواء قام المشترى بدفع الثمن أو لم يقم ، ما لم يتفق على غير ذلك[٣] .

ويقابل التزام البائع بنقل الملكية الى المشترى حق لهذا الأخير فى مطالبة البائع بنقل الملكية اليه ، ولكن هذا الحق شخصى له ازاء البائع فقط ، لايخوله أن ينقل ملكية المبيع الى غيره . فاذا باع المشترى ما اشتراه بعقد غير مسجل الى آخر وتمكن هذا من تسجيل عقده ، فان هذا التسجيل لايترتب عليه أى أثر ولا ينقل الملكية الى المشترى الثانى ما لم يسجل المشترى الأول عقده . وقد قضت بذلك محكمة النقض فى ٢١ يناير ١٩٦٥ حيث قررت أن حق ملكية العقار لاينتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة

---

(١) نقض مدنى ٢٠ فبراير ١٩٣٦ مجموعة القواعد القانونية ١-١٠٤٩-٣٢٦ .

(٢) نقض مدنى ٢٠ ديسمبر ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣-١١٥٩-١٨٤ .

(٣) أنظر بور سعيد الابتدائية ٣١ ديسبر ١٩٥٩ فى القضية رقم ١٥ لسنة ١٩٥٧ (غير منشور) ، نقض مدنى ٢ يوليه ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ — ٨٩٥ — ١٣٩ وقد جاء فيه أن للمتعاقدين بعقد ابتدائى أن يتفقا على مآل ثمار المبيع . ولا جناح عليهما ان اتفقا على أن تكون هذه الثمار للمشترى من تاريخ سابق على تسلمه المبيع أو على البيع نفسه اذ أن هذا الاتفاق لايحرمه القانون وليس فيه مايخالف النظام . وفى هذا المعنى أيضا نقض مدنى ٢٦ مارس ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥-٤١٨- ٦٨ .

الى الغير الا بالتسجيل ، فلا تنتقل الملكية لمشتر لم يسجل عقد البيع الصادر اليه ، ومن ثم لا يكون لهذا المشترى أن ينقل الملكية لمن اشترى منه لأنها لا تؤول اليه هو الا بتسجيل عقده . ولذلك فقد أورد المشرع بالمادة ٢٣ من قانون الشهر العقارى نصا يقضى بأنه لايقبل فيما يتعلق باثبات أصل الملكية أو الحق العينى الا المحررات التى سبق شهرها ، فاذا توصل المشترى الى تسجيل عقده أو تسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه رغما من أن سند البائع له لم يكن قد تم شهره ، فانه لايكون من شأن التسجيل على هذه الصورة اعتبار المشترى مالكا ، اذ من غير الممكن أن يكون له من الحقوق أكثر مما هو للبائع له الذى لم تنتقل اليه الملكية بسبب عدم تسجيل سنده[1] .

وتنتقل هذه الحقوق والالتزامات المترتبة على البيع غير المسجل من كل من الطرفين الى وارثه ، فيلتزم وارث البائع بنقل ملكية المبيع الى المشترى او الى وارثه وبتسليمه اليه وبضمان الانتفاع به فى حدود موجودات التركة . وكذلك يلتزم ورثة المشترى بالثمن فى حدود تركته ويتلقون حقوقه المترتبة على البيع غير المسجل ويكون لهم حق اقتضائها من البائع أو من ورثته[2].

§ ٣ — الالتزام بنقل ملكية العقار المبيع وتنفيذه وفقاً لقانون التسجيل وقانون الشهر العقارى

١٦٨ — *محل هذا الالتزام وطرق تنفيذه* — يلتزم البائع بأن ينقل الى المشترى ملكية العقار المبيع . وهذا يقتضى أن يقوم البائع بكل مايلزم لتسهيل تسجيل عقد المشترى. فبالتسجيل يتم وفاء البائع بالتزامه واستيفاء المشترى حقه،

---

(١) مجموعة أحكام النقض ١٦—٧٣—١٢ ، وفى هذا المعنى أيضا نقض مدنى ١٩ مايو ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧—١١٩٦—١٦٤ .

(٢) أنظر نقض مدنى ١٧ نوفمبر ١٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية ١—٣—١٤٣—٧٣ ، نقض مدنى ٢٨ مارس ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤—٣٩٨—٦٢ ، نقض مدنى ١٣ يناير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧— ١٢٣—١٧ .

والأصل ان على البائع اجراءات الوفاء وعلى المشترى اجراءات الاستيفاء. فاذا لم يتفق الطرفان على تعيين من يجب عليه منهما اتخاذ اجراءات التسجيل، فانها تكون على المشترى بصفة أصلية ويكون على البائع أن يقدم له فى ذلك المعاونة التى لا يمكن أن يتم التسجيل بدونها. فيقوم المشترى بتقديم الطلب لمصلحة الشهر العقارى ويقدم لمصلحة المساحة جميع البيانات اللازمة ثم يحرر مشروع العقد على النموذج الخاص ويدفع الرسوم المستحقة عليه ويدعو البائع للتوقيع عليه أمام الموظف المختص ويقدم العقد لتسجيله بمصلحة الشهر العقارى. وهو فى كل ذلك يحتاج الى أن يوافيه البائع بمستندات ملكيته وبما يثبت أهليته وصفته فيقع على البائع تقديم ذلك كله، كما يجب عليه أن يقوم بتوقيع مشروع العقد المعتمد من مصلحة الشهر العقارى أمام الموثق أو الكاتب المختص بالتصديق على الامضاءات.

وقد يتفق العاقدان على أن يقوم البائع بكافة اجراءات التسجيل ونفقاته وحينئذ يقع على البائع كل ماتقدم ولا يكون المشترى ملزما بغير توقيع العقد أمام الموثق بعد تمام الاجراءات اللازمة لذلك.

وفى كلتا الحالين يتعين على البائع أن ينفذ التزامه فيما يتعلق بنقل الملكية تنفيذاً عينياً أى أن يقوم بالاجراءات المذكورة اللازمة لنقل ملكية المبيع. فان قام بها اختياراً انتهى الأمر، والا جاز التنفيذ العينى جبراً عنه طالما كان ذلك ممكناً، فان استحال التنفيذ العينى، لم يبق الا جبر البائع على التنفيذ بمقابل أى من طريق التعويض.

١٦٩ — (أولا) التنفيذ الاختيارى وآثاره — اذا قام البائع باختياره بالاجراءات اللازمة للتسجيل التى تقع على عاتقه برئت ذمته من التزامه بنقل الملكية وانتقلت ملكية المبيع منه الى المشترى بمجرد حصول التسجيل فعلا، فصار المشترى هو المالك وأصبح البائع غير مالك.

ويترتب على ذلك أن حق المشترى فى مطالبة البائع بنقل الملكية ينقضى، وأن البائع وقد تجرد من ملكية المبيع يستحيل عليه بعد ذلك أن ينقل ملكيته مرة ثانية الى شخص آخر، بل انه لو باع العقار ذاته مرة أخرى اعتبر بيعه صادراً من غير مالك وجاز للمشترى الثانى ابطال عقده ومطالبة البائع بالتعويض، وتعرض الأخير لمحاكمته بتهمة النصب وفقاً للمادة ٣٣٦ عقوبات.

على أنه يجب أن لا يغيب عن البال أن انتقال ملكية العقار المبيع لا يترتب — فى نظام الشهر الشخصى وهو الذى مازال متبعاً فى القانون المصرى المعمول به حتى الآن — على التسجيل فى ذاته بل باعتباره وارداً على عقد صحيح صالح لنقل الملكية. فاذا كان البيع المسجل صادراً من غير مالك فانه بالرغم من تسجيله لا ينقل الملكية. وكذلك اذا وقع العقد باطلا أو تقرر ابطاله أو كان عقداً صورياً فان ثبوت بطلانه أو صوريته يجعل تسجيله عديم الأثر[1]،

---

(١) انظر فيما يتعلق بابطال أثر التسجيل بسبب صورية العقد المسجل نقض مدنى ٩ فبراير ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ — ٢٠٤ — ٢٦، وأيضاً نقض ٣١ ديسمبر ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥—٣٥٢—٥٤ المحاماة ٣٥—١٠٩٣—٤٧٥، نقض ٩ ديسمبر ١٩٣٧ و٢٠ أكتوبر ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية ج٢ رقم ٩٦ و١٣٥، ونقض ٢ يونيه ١٩٤٢ مجموعة القواعد القانونية ج ٤ رقم ٦٧، نقض مدنى ٢٧ مايو ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦—٦٥٥—١٠٥ وأخيراً نقض مدنى ٢٦ مايو ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧—١٢٧١—١٧٤ وقد قرر أن المشترى الذى لم يسجل عقده أن يتمسك بصورية عقد المشترى الآخر الذى سجل عقده صورية مطلقة ليتوصل بذلك الى محو هذا العقد من الوجود لكى يحكم له هو بصحة عقده ويسجل هذا الحكم، فتنتقل اليه ملكية العين المبيعة، اذ أنه لكونه دائنا للبائع فى الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر له يكون له أن يتمسك بتلك الصورية أيا كان الباعث عليها لازالة جميع العوائق التى تصادفه فى سبيل تحقيق أثر عقده.

غير أنه بالرغم من ثبوت صورية العقد المسجل يجوز لمن اشترى العقار من المشترى الصورى المسجل عقده أن يتمسك بذلك العقد الصورى وبتسجيله باعتباره غيراً بالنسبة لذلك العقد، وجاء فى حكم حديث لمحكمة النقض أن المشترى الصورى لا يجوز أن يحاج بورقة غير مسجلة تفيد التقايل من الصفقة متى كان لا يعلم بصورية عقد تمليك البائع له ولو كان مؤشراً بمضمونها على هامش تسجيل العقد الظاهر المسجل، لأن ذلك التأشير لا يؤدى الا الى اثبات تاريخ تلك الورقة. واثبات التاريخ ليس فيه اشهار للورقة حتى يحترض به على الغير بل تعتبر

ويكون الحكم كذلك فيما يتعلق بالدائنين فقط اذا طعن فى العقد المسجل بالدعوى البولصية ثم قضى فيها بعد تسجيله بعدم نفاذه فى حقهم[١] .

١٧٠ — ليس للتسجيل أثر رجعى — على أثر صدور قانون التسجيل فى سنة ١٩٢٣ ذهب الأستاذ عبد السلام ذهنى الى أن التسجيل متى تم يكون له أثر رجعى ، أى أنه ينقل ملكية المبيع الى المشترى لا من وقت حصوله فحسب بل من وقت ابرام البيع ، على ألا يضر ذلك بالحقوق التى تكون قد ترتبت للغير على العقار المبيع فى الفترة ما بين صدور العقد وبين تسجيله[٢] . وقد أيده الأستاذ السنهورى حينئذ فى ذلك[٣] ، ثم أخيراً فى الوسيط[٤] .

وقد استند الأستاذان الكبيران فيما ذهبا اليه الى عدة حجج نظرية وعملية[٥] ولكن رأيهما لم يصادف رواجا لا فى الفقه ولا فى القضاء . وقد رفضت محكمة النقض الأخذ به حيث قررت أن الشارع انما قصد فى قانون التسجيل تأخير نقل

= كما كانت قبل التأشير باقية طى الكتمان والخفاء (نقض مدنى ٢٠ أبريل ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢—٣٧٦—٥١) . وهذا الحكم محل نظر لأن التأشير الهامشى متى تم قانونا أى بمقتضى سند يسمح باجرائه يتضمن الاشارة الى ذلك السند ومضمونه ويكفى لاعلام الغير بذلك المضمون .

(١) انظر فيما يتعلق بابطال أثر التسجيل عن طريق الطعن فى العقد المسجل بالدعوى البولصية نقض مدنى ٢ يونيه ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦—١١٨٥—١٥٨ .

(٢) عبد السلام ذهنى فى الأموال نبذة ٤٦٣ ونبذة ٤٨٩ ونبذة ٦٢٧ ، ومقاله فى المحاماة ٦ ص ٦٠٦ و٦٠٧ .

(٣) السنهورى فى عقد الايجار سنة ١٩٢٩ نبذة ٤٨٠ .

(٤) السنهورى فى الوسيط ج ٤ (فى البيع) نبذة ٢٨٢ وما بعدها ، وفى هذا المعنى أيضاً جميل الشرقاوى فى رسالته فى نظرية بطلان التصرف القانونى ص ١٠٦ هامش رقم ١ وفى كتاب البيع طبعة سنة ١٩٦٦ نبذة ٥٤ ص ١٨٠ هامش ٢ .

(٥) وقد أفاض فى عرض هذه الحجج زميلنا الأستاذ الدكتور محمد على امام فى كتاب عقد البيع (الذى وضعه بالاشتراك معنا) نبذة ١٨٦ ؛ وقد عاد الى بسط هذه الحجج وتعزيزها بحجج جديدة قوية الأستاذ السنهورى فى الوسيط ج٤ نبذة ٢٨٢ وما بعدها .

الملكية الى أن يتم تسجيل العقد، فليس التسجيل بمثابة شرط واقف ينسحب بتحققه أثر العقد الى يوم تاريخه ،ولا يعتبر المشترى مالكا الا من يوم تسجيل عقد شرائه[1] .

---

(١) نقض ٢١ نوفمبر ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية جـ٥ رقم ١١٢ .

وكان فى مقدمة الحجج التى استند اليها بعض القائلين بالأثر الرجعى للتسجيل أن المشرع قد علق انتقال الملكية على حصول التسجيل ، الأمر الذى يجعل التسجيل بمثابة شرط واقف لانتقال الملكية ، فتى تحقق هذا الشرط كان لتحققه أثر رجعى من وقت العقد ، ففندت محكمة النقض فى حكمها المشار اليه هذه الحجة تفنيداً قوياً حيث قالت :

« ان استناد أثر الشرط الى الماضى . على النحو المستفاد من نص المادة ١٠٥ مدنى قديم (= ٢٧٠ من القانون الحالى) ، انما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئاً عن ارادة المتعاقدين . أما حيث يكون القانون هو الذى قرر الشرط وعلق عليه حكماً من الأحكام ، فان الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت الا عند تحقق شرطه . أما قبله فلا ، ذلك أن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر . غير أن الشارع قد لاحظ أن العاقدين ، اذ يعلقان اتفاقهما على شرط — أى على أمر مستقبل قد يوجد وقد لا يوجد — يكونان جاهلين مآل الشرط ، فلا يعرفان هل يتحقق أو يتخلف . فقدر أنهما لو كانا على علم بهذا المآل لاقاما عليه اتفاقهما منذ البداية . وعلى هذا التقدير أو الفرض القانونى قامت نظرية الأثر الرجعى للشرط .

ولا مبرر لها فى الشرائع التى أخذت بها الا أنها تعبر عن ارادة العاقدين ، فقصر تطبيقها من أجل ذلك على دائرة الاتفاق ، وقد التزم القانون نفسه هذه الدائرة ، فأورد نص المادة ١٠٥ التى قررت الأثر الرجعى للشرط فى باب التعهدات والعقود ، وعلى ذلك فلا محل لتطبيق هذا النص فى غير هـذا الباب ، وبصفة خاصة لا محل لتطبيقه على ما كان من الشروط جعلياً مردوداً الى ارادة الشارع — كشرط التسجيل لنقل الملكية — لأن هذا النوع من الشروط باق على الأصل ، فلا انسحاب لأثره على الماضى . وفضلا عما تقدم فان القول بالأثر الرجعى للتسجيل فيه منافاة لمقصود الشارع من وضع قانون التسجيل . ذلك لأن هذا القول يثير من جديد التمييز بين الغير وبين العاقدين ، والقضاء على هذا التمييز بالذات كان بعض ما أريد بوضع هذا القانون . ثم ان هذا القول أيضا من شأنه أن يضعف جزاء عدم التسجيل ، فى حين أن واضع القانون المذكور انما أراد أن يكون هذا الجزاء ملزما رادعا ليحمل المتعاملين على المبادرة الى التسجيل قصد تمهيد الطريق لنظام السجلات العقارية المرجو انشاؤه فى المستقبل » .

وقد اطرد قضاء محكمتنا العليا على ذلك (انظر نقض مدنى ٩ فبراير ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية ٢—٤٩٧—١٦٤، ٢٢ ديسمبر ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١—١١٨—٣٥، ٢٣ نوفمبر ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢—٧٤—١٥ ، ٨ يناير ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤—٣٠٩—٤٤) .

وأيدها فيه أكثر الفقه (الهلالى وحامد زكى نبذة ٢٧٠ و٢٧٢، أنور سلطان نبذة ١٨٦ ، امام نبذة ١٩٨ ، عبد الباقى نبذة ٩٩ ، البدراوى نبذة ٢٠٩ ، منصور نبذة ٧١ ، اسماعيل غانم ص ٨٩ و٩٠ ، لبيب شنب نبذة ٨١ ص ١١٨) .

١٧١ — **أثر التسجيل عند تزاحم المشترين** — يكون التزاحم اما بين عدة مشترين من بائع واحد ، واما بين عدة مشترين من بائعين مختلفين .

١٧٢ — (أ) **تزاحم المشترين من بائع واحد** — اذا باع المالك عقاره الى مشتر أول ثم باعه ثانية الى مشتر آخر قبل أن يسجل الأول عقده ، فان كلا من المشتريين المذكورين يكون قد اشترى العقار من مالكه لأن البائع لم يفقد الملكية بمجرد البيع الأول بل ظل محتفظاً بها حتى بعد البيع الثانى وطالما لم يسجل أحد المشترين عقده ، أى أن كلا من العقدين يكون صادراً من المالك الحقيقى وصالحاً لنقل ملكية المبيع الى المشترى بموجبه بمجرد قيام هذا بتسجيله . فأيهما يتم تسجيله أولا يترتب عليه انتقال الملكية الى صاحبه ، وبذلك يصبح مستحيلا تنفيذ التزام البائع الناشىء من العقد الآخر الذى لم يسجل ، لأن من انتقلت منه الملكية بالتسجيل الأول يستحيل عليه أن ينقلها مرة أخرى بعد ذلك ولو بتسجيل العقد الآخر . وهكذا يبين أنه فى حالة تزاحم عدة مشترين من بائع واحد مالك العقار المبيع تكون الأفضلية لمن يسبق منهم غيره فى تسجيل عقده[1] ، فتنتقل اليه الملكية ويستحيل على الآخرين الحصول عليها ، ولا يبقى لهم الا طلب التعويض تطبيقاً لقواعد التنفيذ بمقابل . ولا يقع البائع فى هذه الحالة تحت طائلة المادة ٣٣٦ ع ، لأنه وقت أن تصرف بالبيع للمشترى الذى لم يسجل كان لا يزال مالكا الى أن تم تسجيل عقد المشترى الآخر ، ولا يعتبر أنه باع مالا مملوكا لغيره[2] .

١٧٣ — **لا أثر لسوء نية من سبق الى تسجيل عقده** : (أ) فى ظل التقنين

---

(١) فى هذا المعنى نقض مدنى ٢٧ مارس ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ١٧ — ٢٤٣ — ٣٢ ، وقرب نقض مدنى ٢٥ نوفبر ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ — ١٥٤ — ٢٠ .

(٢) نقض جنائى ٢٠ فبراير ١٩٣٣ مجموعة القواعد القانونية ٣ — ٢٠٩ — ١٦٠ ، ٥ فبراير ١٩٣١ مجموعة القواعد القانونية ٢ — ٢٢٥ — ١٧٤ .

الملغى وقانون التسجيل — قد يكون المشترى الذى سبق غيره الى تسجيل عقده حسن النية أى غير عالم ببيع العقار ذاته الى مشترين آخرين لم يسجل أحد منهم عقده ، فلا غبار عليه فى هذه الحالة . ولا مطعن على انتقال الملكية اليه بمجرد تسجيل عقده .

أما اذا كان ذلك المشترى عالماً بسبق صدور تصرف آخر من البائع نفسه فى العقار ذاته ، فانه يعتبر سيء النية ، وقد يكون متواطئاً مع البائع على الاضرار بالمتصرف اليه السابق ، فيقتضى الأمر بحث أثر سوء نيته أو تواطئه على تسجيل عقده وانتقال الملكية اليه .

كان التقنين الملغى ينص فى المادة ٢٧٠/٣٤١ منه على أن « لا تنتقل ملكية العقار بالنسبة لغير المتعاقدين من ذوى الفائدة فيه الا بتسجيل عقد البيع كما سيذكر بعد متى كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوظة قانوناً وكانوا لا يعلمون ما يضر بها » . وكان النص الفرنسى لهذه المادة يعبر عن هذا الشرط الأخير بقوله A l'égard des tiers qui sont de bonne foi

ومع أن هذا النص كان يتحدث عن أثر علم الغير أو حسن نيتهم لا عن أثر علم المشترى الذى قام بتسجيل عقده أو حسن نيته ، فالظاهر أن الفقه والقضاء رأيا تطبيقه على هذه الحالة الأخيرة أيضاً ، ولكنهما اختلفا فى المقصود منه بحسن النية ، وذهب فريق منهما الى أن التسجيل لا يحتج به على الغير اذا كان المشترى الذى سجل عقده عالماً بحصول تصرف سابق على العقار ذاته[1] ، وقال آخرون انه لا يمنع المشترى من الاحتجاج بتسجيله على الغير الا أن يكون متواطئاً مع البائع على الاضرار بحقوق هؤلاء الغير[2] .

---

(١) فى حذا المغنى والعون ص ٤٤ ، دى هلتس ج ٤ بيع نبذة ١٢٩ ، الهلالى وحامد زكى نبذة ٢٠٦ .

(٢) جرانمولان فى التأمينات نبذة ٨٨٦ ، حلمى عيسى فى البيع نبذة ١١٧٣ ، كامل يمنوس فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٩ ص ٤٠٣ .

وقد ألغى قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ هذه المادة ، ولكنه فرق بين التصرفات المنشئة لحقوق عينية عقارية والتصرفات المقررة لمثل هذه الحقوق، ونص فى المادة الأولى منه على أن النوع الأول من التصرفات يجب تسجيله حتى يترتب عليه نقل الحقوق المذكورة ، أى أنه جعل التسجيل فيها ناقلا الملك ، ولم يشترط فيمن يسجل عقده أن يكون حسن النية أو غير عالم بسبق حصول تصرف آخر فى العقار ذاته ، ونص فى المادة الثانية منه على أن التصرفات المقررة لا تكون حجة على الغير اذا لم تسجل أو سجلت ولكن داخلها التدليس .

ترتب على خلو هذه النصوص من اشتراط عدم علم من سجل عقده بسبق صدور تصرف آخر فى العقار ذاته أن انعقد الاجماع على أن مجرد علم المشترى الذى سجل عقده بسبق صدور تصرف آخر غير مسجل لا يؤثر فى تسجيله ولا يمنع انتقال الملكية اليه[1] .

غير أن اشتراط عدم التدليس فى المادة الثانية وعدم اشتراطه فى المادة الأولى أثار خلافاً على ضرورة هذا الشرط الأخير فيما يتعلق بتسجيل التصرفات المنشئة للحقوق أو عدمه ومنها عقد البيع ، فذهب فريق الى أن هذا الشرط مقصور على التصرفات المقررة ولا يصح ايجابه فى تسجيل التصرفات المنشئة، وبعبارة أخرى الى أن المشترى الذى سجل عقده قبل غيره تنتقل اليه الملكية دون سواه ولو ثبت أنه كان عالما بسبق صدور عقد غيره ومتواطئاً مع البائع على الاضرار بذلك الغير[2]. وذهب فريق آخر الى عكس ذلك فقرروا أن ثبوت تواطؤ المشترى الذى سبق الى تسجيل عقده مع البائع على الاضرار بالغير

(١) الهلالى وحامد زكى نبذة ٢٧٣ ، كامل مرسى نبذة ١٦٥ .

(٢) استئناف مصر ٢٥ ديسمبر ١٩٢٨ المحاماة ٩ — ٧٥ — ٥٠ ، ١٩ فبراير ١٩٣٠ المحاماة ١١ — ٢٥٤ — ١٤١ ، ١٢ نوفبر ١٩٣٥ المحاماة ١٦ — ٧٠٦ — ٣٣٥ .

يترتب عليه بطلان أثر التسجيل وعدم جواز الاحتجاج به على ذلك الغير[1].

واستدل الفريق الأول على رأيهم بما يأتى :

(١) ان المشرع قصد بقانون التسجيل التمهيد للأخذ بنظام السجل العينى، وهذا يقتضى أن يكون التسجيل بذاته ناقلا الملكية ومطهراً عيوب العقد المسجل، فلا محل فى هذا النظام للبحث عن حسن نية من سجل عقده أو سوء نيته .

(٢) ان المشرع اذ فرق بين التصرفات المنشئة التى نص عليها فى المادة الأولى من قانون سنة ١٩٢٣ والتصرفات المقررة التى نص عليها فى المادة الثانية منه قد اشترط عدم التدليس فيما يتعلق بتسجيل الأخيرة ولم يشترطه فيما يتعلق بالأولى ، فدل بذلك على أنه لا يقيم وزناً للتدليس أو عدمه فى تسجيل التصرفات المنشئة .

(٣) ان الحاجات العملية وضرورة استقرار الملكية العقارية توجب التعويل على العقد الذى يسجل أولا بقطع النظر عن حسن نية صاحب المصلحة فيه أو سوئها .

وقد رد الفريق الثانى على ذلك :

(١) بأنه وان كان المشرع قد قصد أن يمهد بقانون التسجيل لادخال نظام السجل العينى ، فان هذا النظام الانتقالى ما زال يعتبر التسجيل مجرد اجراء غير ناقل الملكية بذاته بل باستناده الى تصرف قانونى صحيح وخال من العيوب . فيبطل تسجيل العقد الذى ثبتت صوريته أو الذى يحكم بابطاله لنقص فى الأهلية أو لغلط أو تدليس أو اكراه . وكذلك يبطل التسجيل الذى يكون صاحب المصلحة فيه قد أجراه بسوء نية .

---

(١) عبد السلام ذهنى فى الغش والتواطؤ والتدليس فى التسجيل، أنور سلطان ص ٢١٧ و ٢١٨ ، استئناف مصر (الدوائر المجتمعة) ٣ ديسمبر ١٩٢٧ المجموعة ٢٩–٤٦ – ٧١ ،

(٢) وبأن المشرع اذ نص على عدم التدليس فى تسجيل التصرفات المقررة دون أن ينص عليه فى شأن التصرفات المنشئة لم يقصد بذلك أن يتغاضى عن هذا الشرط فيما يتعلق بهذا النوع الأخير من التصرفات ، لأن هذا الشرط يوجبه مبدأ عام من المبادىء الأولية للقانون وهو أن الغش يبطل كل التصرفات fraus omnia corrumpit ولا يصح اعتبار مجرد سكوت المشرع عن النص على عدم التدليس فى المادة الأولى من قانون التسجيل استبعاداً لهذا المبدأ العام . هذا فوق أنه لا يعقل أن يضع المشرع للتدليس حكمين مختلفين فيرتب عليه أثراً فى تسجيل التصرفات المقررة ولا يرتب عليه هذا الأثر بالنسبة الى التصرفات المنشئة .

٣) وبأن تواطؤ المشترى الثانى مع البائع على الاضرار بالمشترى الأول يعتبر عملا غير مشروع يوجب مسئوليتهما قبل الأخير ويلزمهما بتعويضه عما أصابه من ضرر ، وبأن خير تعويض هو التعويض العينى . وهو فى هذه الحالة يكون بابطال تسجيل المشترى الثانى وتمكين المشترى الأول من تسجيل عقده أو تسجيل الحكم الذى يصدر لمصلحته .

وبرد الفريق الأول على الحجتين الأولى والثالثة من حجج الفريق الثانى بأن قصد المشرع من وضع النظام الانتقالى للتسجيل فى سنة ١٩٢٣ واضح فى أنه يريد تثبيت الملكية العقارية واستقرارها بصفة نهائية تتخذ أساساً لتطبيق نظام السجل العينى ، فيجب أن يكون تفسير القانون وتطبيقه بما يحقق هذا الهدف . وليس قطعاً مما يحققه اجازة ابطال التسجيل بسبب تواطؤ المشترى الثانى مع البائع . واذا كون هذا التواطؤ عملا غير مشروع فيلزم اعتبار التعويض العينى عنه مستحيلا بحكم القانون والاستعاضة عنه بالتعويض النقدى .

ويردون الحجة الثانية بأن مبدأ أن الغش يبطل التصرفات لم ينص عليه

القانون الوضعى ، وغاية الأمر أنه يعتبر من مبادىء القانون الطبيعى فلا يصح أن يلجأ اليه الا عند وجود نقص أو غموض فى التشريع ، وبأن الأمر ليس كذلك فى حالتنا لأن المشرع نص على اشتراط عدم التدليس فى المادة الثانية من قانون التسجيل وسكت عن اشتراطه فى المادة الأولى منه مما يدل على قصده عدم اشتراط هذا الشرط فى هذه المادة . فلا محل بعد ذلك للأخذ بمبدأ من مبادىء القانون الطبيعى يخالف قصد المشرع . وليس فى اشتراط المشرع عدم التدليس فى احدى الحالتين وعدم اشتراطه فى الأخرى تناقض، لأن الحالتين مختلفتان وقد وضع المشرع لكل منهما أحكاماً متباينة ليس من حيث اشتراط عدم التدليس فحسب بل من حيث أثر التسجيل فى نقل الملكية أيضاً .

وقد رجح رأى الفريق الأول وكانت له الغلبة فى الفقه والقضاء. وأقرته محكمة النقض فى عدة أحكام لها حيث قررت أنه اذا تصرف المتصرف فى العقار ذاته لشخص آخر قبل أن يسجل المتصرف اليه الأول عقده فانه يتصرف فيما يملكه ملكا تاما . فاذا بادر الآخر الى تسجيل عقده قبل تسجيل الأول عقده ، فقد خلصت له — بمجرد تسجيله — تلك الملكية العينية التى لم يتعلق بها حق ما للأول ، ولو كان المتصرف والمتصرف اليه الثانى سيىء النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان المتصرف اليه الأول من الصفقة[1]. وقد اطرد قضاء محكمتنا العليا على ذلك حتى بعد صدور قانون الشهر العقارى فى القضايا التى ظل يحكمها قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣[2] ، ولم تبطل

---

(١) نقض ١٢ ديسمبر ١٩٣٥ المحاماة ١٦ ص ٥٢٠ مجموعة القواعد القانونية جـ ١ رقم ٣٨٠ .

(٢) وقد جاء فى حكم لها بتاريخ أول ديسمبر ١٩٥٥ أنه « جرى قضاء محكمة النقض على أنه وفقاً لقانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ اذا لم يتم تسجيل للعقود التى من شأنها

أثر التسجيل الا اذا ثبت أن العقد المسجل صورى[1] .

١٧٤ — (ب) فى ظل قانون الشهر العقارى — هذا فى ظل قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ . أما قانون الشهر العقارى الصادر فى سنة ١٩٤٦ فلم يرد به نص على اشتراط عدم التدليس لا فيما يتعلق بالتصرفات المنشئة (المادة ٩) ولا فيما يتعلق بالتصرفات المقررة (المادة ١٠) . وقد بررت المذكرة الايضاحية ذلك بأن المشرع قصد حذف النص على هذا الشرط الذى كان وارداً فى المادة الثانية من قانون التسجيل اكتفاء بالقواعد العامة .

ولكن ما هى تلك القواعد العامة التى أشارت اليها هذه المذكرة ؟

يؤخذ من مناقشات اللجنة التى وضعت قانون الشهر العقارى أنها لم تكن متفقة على هذه القواعد . فبينما كان فريق منها يرى أن مبدأ الغش يبطل التصرفات هو القاعدة العامة التى يجب تطبيقها فى هذه الحالة وبالتالى يجب ابطال كل تسجيل شابه تدليس سواء كان ذلك فى التصرفات المقررة

= انشاء حق الملكية أو حق عينى عقارى آخر ، فان الملكية تظل على ذمة المتصرف . فاذا هو تصرف فيها لشخص آخر بادر الى تسجيل عقده خلصت له الملكية بمجرد هذا التسجيل . ولا محل للتحدى بسبق علم المتصرف اليه الأخير بحصول تصرف البائع لشخص آخر عن ذات العقار أو سوء نيته أو تواطئه مع البائع على حرمان المتصرف اليه الأول من الصفقة مادام أن المناط فى نقل الملكية هو التسجيل بمجرده » (مجموعة أحكام النقض ٦ ـ ١٥٣٦ ـ ٢١٠ وأنظر أيضا فى هذا المعنى ٣ فبراير ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ ـ ٥٨١ ـ ٧٥ ، ٣ أبريل ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ـ ٣٣٠ ـ ٦ ، ١٤ فبراير ١٩٥٧ المحاماة ٣٨ ـ ١٣٦ ـ ١٠٨ راجع تعليق المرحوم محمد حامد فهمى على حكم ٣ يونية ١٩٤٣ فى مجموعة القواعد القانونية جـ ٤ ص ١٨٤ و ١٨٥ فى الهامش .

(١) نقض مدنى ٢ أكتوبر ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية ٢ ـ ٤٠٥ ـ ١٣٥ ، ٣ يونيه ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية ٤ ـ ١٨٣ ـ ٦٧ ، ٦ يونيه ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية ٥ ـ ١٨٨ ـ ٩٩ ، ٣١ ديسمبر ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ ـ ٣٠٢ ـ ٥٤ ، ١٣ مايو ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ ـ ٨٥٦ ـ ١٢٨ ، ٧ يونيه ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ـ ٧٠٥ ـ ٩٧ .

أو فى التصرفات المنشئة ، ذهب الفريق الآخر الى أن القواعد العامة المقصودة هى التى سبق أن أقرتها محكمة النقض فى ظل قانون التسجيل بشأن التصرفات المنشئة التى لم يكن يوجد بشأنها نص على اشتراط عدم التدليس كالنص الذى كان موجوداً فيما يتعلق بالتصرفات المقررة ، وأن حذف هذا النص الأخير من قانون الشهر العقارى مؤداه استبعاد الحكم الخاص بالتصرفات المقررة وتعميم الحكم الذى كانت تأخذ به محكمة النقض فى شأن التصرفات المنشئة فيصبح هذا الحكم هو الواجب التطبيق فى جميع الأحوال .

ويؤخذ أيضاً من هذه المناقشات أن الأمر انتهى بترجيح القول بأن ماذهبت اليه محكمة النقض فى ظل قانون التسجيل انما يرجع الى وجود نص على اشتراط عدم التدليس فى التصرفات المقررة وعدم وجود نص على مثل ذلك فى التصرفات المنشئة. فهو لايفيد أن ماذهبت اليه المحكمة العليا انما هو تطبيق للقواعد العامة ، اذ ربما تكون قد ذهبت اليه من طريق الاستنباط بمفهوم المخالفة من نص المادة الثانية من قانون التسجيل . ولذلك استقر رأى اللجنة على حذف النص على اشتراط عدم التدليس فى التصرفات المقررة حتى تكون للمحاكم حرية تامة فى الالتجاء الى القواعد العامة بعيداً عن مثل ذلك النص وعن مفهومه المخالف[1] .

وبناء على ذلك أصبح من المتعين أن نضرب صفحاً عن قضاء محكمة النقض السابق باعتبار أنه كان يستند الى نص تقرر حذفه وأن نبحث عما يكون عليه الحكم فى ظل قانون الشهر العقارى .

وقد اختلف فى ذلك أيضاً الفقه والقضاء ، فقال فريق ان علم المشترى

(١) انظر محمود شوقى فى الشهر العقارى علما وعملا ص ٣١٢ ، امام نبذة ١٧٧ .

الثانى الذى سجل عقده بسبق تصرف البائع الى مشتر أول يبطل أثر تسجيله ويحول دون انتقال الملكية اليه[١] (نظرية العلم) ، وقال فريق آخر ان مجرد علم المشترى الثانى بذلك لا يكفى لابطال أثر تسجيله وانه لابد فى ذلك من أن يكون المشترى الثانى متواطئاً مع البائع على الاضرار بالمشترى الأول[٢] (نظرية التواطؤ) ، وذهب فريق ثالث الى أن المعول عليه فى انتقال الملكية هو مجرد السبق فى التسجيل وأنه لا العلم بالتصرف السابق ولا التواطؤ مع البائع على الاضرار بالمتصرف اليه الأول يمكن أن يؤثر أيهما فى مفعول التسجيل الذى تم أولا[٣] (النظرية المادية) .

وقد استند الرأى الأول الى نص المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى الخاصة بأثر الحكم الذى يصدر فى احدى الدعاوى التى نصت المادة ١٥ على وجوب شهرها وهى الدعاوى التى تقدم ضد محررات تم شهرها والتى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الالغاء أو الرجوع ، وكذلك دعاوى الاستحقاق ودعاوى صحة التعاقد . فقد نصت تلك المادة ١٧ على أن يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى اذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل تلك الدعاوى أو التأشير بها . — ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار اليهما » . وقال أنصار هذا الرأى ان من الدعاوى

---

(١) أنور سلطان نبذة ١٨٣ .

(٢) عبد الباقى نبذة ١٠٥ الى ١٠٧ ، السنهورى فى الوسيط ج ٤ نبذة ٢٩٠ .

(٣) امام نبذة ١٧٧ ، البدراوى نبذة ٢١٨ و٢١٩ ، جميل الشرقاوى فى رسالته نبذة ٥٤ وهامش ص ١٥٧ ، وفى البيع طبعة سنة ١٩٦٦ ص ١٩١ نبذة ٥٥ ، منصور نبذة ٧٢ ، اسماعيل غانم طبعة سنة ١٩٥٨ ص ١٤١ .

المذكورة دعوى صحة التعاقد ، وهى الدعوى التى يرفعها المشترى بعقد غير مسجل ضد البائع للحصول على حكم بثبوت البيع وتسجيل هذا الحكم ليقوم تسجيله مقام تسجيل عقد البيع كما سيجيء فى نبذة ١٧٧ . فاذا سجلت هذه الدعوى وتأشر فى هامش تسجيلها بالحكم الذى يصدر فيها لصالح المدعى ، فان هذا التأشير لايضر بحق مشتر آخر يكون قد سجل عقده بحسن نية قبل تسجيل صحيفة هذه الدعوى . أما اذا كان ذلك المشترى الذى سبق الى تسجيل عقده سيء النية ، فيسرى فى حقه الحكم الذى يصدر فى الدعوى بالرغم من أسبقية حقه على تسجيل صحيفتها . وقالوا أيضاً انه لايشترط لاعتبار المشترى الذى بادر الى تسجيل عقده سيء النية أن يكون مدلسا متواطئا مع البائع للاضرار بحق المشترى الآخر ، بل يكفى أن يكون عالما بالتصرف الذى صدر للآخر ، لأن العلم البسيط هو المعيار الذى يتفق وطبيعة جميع الدعاوى المذكورة بالمادة ١٥ ، ولا يمكن أن يتغير هذا المعيار من دعوى الى أخرى فضلا عن أن واضعى مشروع القانون كانوا قد وضعوا فى المادة ١٧ المذكورة فقرة ثالثة عرفوا فيها حسن نية الغير بأنه عدم علمه أو عدم استطاعته العلم بالسبب الذى تستند اليه الدعوى ، واذا كان هـــذا النص لم يرد فى القـــانون ، فانه يكشف عن قصد المشرع فى هذا الشأن(١) .

أما الرأى الثانى فيستند الى رغبة المشرع الواضحة من الأعمال التحضيرية لقانون الشهر العقارى فى ترك الأمر للقواعد العامة ، ويقول ان هذه القواعد لاتعتبر مجرد علم المشترى الذى سجل عقده بسبق حصول التصرف الى شخص آخر لم يسجل عقده مانعاً من تمسكه بتسجيله ومن انتقال الملكية اليه ، وانما تعتبر توافر الغش أو التواطؤ مانعاً من ذلك .

(١) من هذا الرأى الدكتور أنور سلطان فى نبذة ٢٥٨ .

ويرد أصحاب هذا الرأى حجة الرأى السابق المستمدة من المادة ١٧ فقرة ثانية المذكورة بأن حسن النية المشار اليه فى هذا النص يقتصر على الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف وجوداً أو صحة أو نفاذاً كدعاوى البطلان أو الفسخ ، ولا يتصور أن يكون المشرع قد قصده بالنسبة الى دعوى صحة التعاقد . ويستدل على ذلك بأن المشرع كان قد وضع لحسن النية تعريفاً فى فقرة ثالثة من المادة ١٧ اعتبر فيه حسن النية متوافرا بمجرد عدم العلم ثم حذف هذا التعريف ، فدل بذلك على قصده المغايرة فى معنى حسن النية بالنسبة الى كل من الدعاوى المذكورة وفق ما تقتضيه ظروف كل منها ، فيكون المقصود بالنسبة الى دعاوى البطلان والفسخ هو عدم العلم بالسبب الذى تستند اليه الدعوى ، وبالنسبة الى دعوى صحة التعاقد هو عدم الغش . ويكون هذا المعنى الأخير تطبيقاً للقواعد العامة . أما الاكتفاء فى الدعاوى الأخرى المشار اليها بمجرد العلم فهو استثناء تقتضيه طبيعة تلك الدعاوى[1] .

وقد ذهبنا نحن مذهباً ثالثاً أقررنا فيه رأى محكمة النقض الذى سارت عليه فى ظل قانون التسجيل استناداً الى الحجج ذاتها التى استندت اليه المحكمة العليا اذ ذاك . فرأينا أن قانون الشهر العقارى لم يغير من الأمر شيئاً ، وأنه لا يشترط — حتى بعد صدوره — فيمن يتمسك بتسجيل عقده أن يكون حسن النية ، فيستوى أن يكون هذا عالماً بسبق التصرف الى غيره أو غير عالم ، وأن يكون متواطئاً مع البائع أو غير متواطىء[2] . وقد أخذ بذلك

---

(١) عبد الباقى فى عقد الايجار نبذة ٨٥ .

(٢) أنظر كتابنا فى شرح عقد الايجار سنة ١٩٥٤ هامش ص ٢٠٥ و ٢٠٦ وطبعة سنة ١٩٦٨ ص ٢٤٣ ، ٢٤٤ وقد دفعنا الحجة المستمدة من نص المادة ١٧ فقرة ثانية من قانون الشهر العقارى التى استند اليها الرأيان السابقان . فقلنا اننا نسلم مع الرأى الأول بأن حسن النية الذى اشترطته هذه المادة انما قصد به أن يكون الغير لم يعلم ولم يستطع أن =

. . . .

يعلم بالسبب الذى تستند اليه الدعوى التى تم شهرها فيما بعد ، ولا تسلم بما يذهب اليه الرأى الثانى من أن حسن النية يختلف معناه بالنسبة الى كل دعوى عنه بالنسبة الى غيرها . ولكنا نعتبر أن اشتراط المادة ١٧ حسن نية الغير مقصور على حالة الأحكام التى تصدر فى دعاوى الطعن على تصرفات مسجلة والتى يترتب عليها وفقاً للقواعد العامة فسخ أو بطلان أو الغاء تلك التصرفات بأثر رجعى ، لا من وقت رفع هذه الدعاوى أو تسجيلها أو التأشير بها فحسب ، بل من وقت حصول التصرفات المطعون فيها ، وأنه لم يقصد به كما يتبادر الى الذهن تقرير أثر استثنائى لهذه الأحكام بل بالعكس من ذلك قصد به الحد من أثرها الرجعى الطبيعى بالنسبة الى الغير الذى كسب من المتصرف اليه بالعقد المسجل المطعون فيه حقاً قبل التأشير بتلك الدعاوى أو تسجيلها. وكان طبيعياً أن يشترط المشرع لتعطيل هذا الأثر الرجعى لمصلحة ذلك الغير أن يكون الأخير حسن النية حتى يكون جديراً بهــذه الرعاية الاستثنائية ، وبذلك يكون حسن النية ليس مشترطاً لصحه التسجيل بوجه عام بل مشترطاً فقط للحد من الأثر الرجعى للفسخ أو البطلان وما شابههما .

واذا كانت المادة ١٧ قد ذكرت أيضاً دعاوى الاستحقاق ودعاوى صحة التعاقد ، فان تعميم الفقرة الثانية منها بحيث يشمل حكمها هذه الدعاوى أيضاً كان تزيداً لا مبرر له بل نعتقد أنه جاوز قصد المشرع ، ذلك أن الصورة التى ينطبق عليها هذا الحكم بمناسبة دعوى الاستحقاق هى التى يوجد فيها قبل رفع هذه الدعوى مشتر من غير مالك سجل عقده . فاذا حكم فيها لمدعى الاستحقاق يكون له وفقاً للقواعد العامة أن يسترد الملكية من المشترى الذى سجل عقده . غير أن نص المادة ١٧ فقرة ثانية من شأنه أن يحمى هذا الأخير اذا كان حسن النية ضد من حكم له بالاستحقاق ولو لم يكن المشترى المذكور قد حاز العقار خمس سنوات بحيث يجوز له أن يتملك بالتقادم الخمسى . فهل قصد المشرع بتعميم نص المادة ١٧ فقرة ثانية هذه النتيجة التى تهدر شروط التقادم المكسب القصير ؟ وفى حالة الايجاب ماذا يكون سبب ملكية المشترى بعد أن ينتفى أن يكون هو العقد لصدور عقده من غير مالك وأن يكون هو التقادم المكسب لانعدام الحيازة ؟ لا يبقى الا أن يكون سبب كسب الملكية هو نص المادة ١٧ ذاته . ومن الجلى أن المشرع لم يقصد بهذا النص أن يكون سبباً خاصاً لكسب الملكية . واذن يكون تعميم هذا النص قد جاوز قصد المشرع .

والأمر كذلك أيضاً فيما يتعلق بدعاوى صحة التعاقد . فان تطبيق النص المذكور عليها يفترض أن المشترى الثانى سجل عقده قبل المشترى الأول ، وأن هذا رفع بعد التسجيل دعوى صحة التعاقد ونفاذه وحصل على حكم بذلك ، وأنه يتمسك بهذا الحكم ضد المشترى الذى سجل عقده قبل رفع الدعوى لمجرد ثبوت سوء نية هذا المشترى. وهذا الفرض لا محل له لاستحالة تحققه قانونا ، ذلك أن دعوى صحة التعاقد ونفاذه يراد بها (كما سيجىء فى نبذة ١٧٦ وما بعدها) الحصول على تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية تنفيذاً عينياً جبريا ، وأن التنفيذ العينى لا يجوز الحكم به الا اذا كان لا يزال ممكناً ، وأن الفرض فى هذه الصورة أن تسجيل عقد

أيضاً بعض الزملاء[1] .

أما محكمة النقض فقد أبت أن تقيم لنظرية العلم وزناً اذ قررت فى حكمها بتاريخ ٣١ ديسمبر ١٩٥٣ أن « الملكية لا تنتقل من البائع الى المشترى الا بتسجيل عقد شرائه وفقاً لنص المادة ٩ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، ولا يحول دون نقل الملكية - على ماجرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون المشترى عالماً

= المشترى الثانى قد نقل الى الأخير ملكية المبيع وجرد البائع منها ، فصار وفاء هذا بالتزامه نحو المشترى الأول وفاء عينيا غير ممكن ، الأمر الذى يمتنع معه الحكم فى دعوى صحة التعاقد ونفاذه بالتنفيذ العينى الجبرى ، ويتعين معه أن يقتصر الحكم فيها على اثبات الاخلال به والحكم بالتعويض المقابل أى بالتعويض فلا يكون ثمة محل لأن يتمسك المشترى الأول بحكم يصدر له فى دعوى صحة تعاقد ضد المشترى الثانى الذى سبق الى تسجيل عقده ولو كان هذا المشترى الثانى سىء النية .

ومما يؤيد ذلك أن المادة ١٧ فقرة ثانية من قانون الشهر العقارى كانت تقابلها فى قانون التسجيل المادة ١٢ فقرة ثانية التى كانت تنص على أن «تبقى حقوق الغير المكتسبة قبل التسجيل او التأشير المشار اليهما خاضعة للنصوص والمبادىء السارية وقت اكتسابها » ويبين من المذكرة الايضاحية لهذا القانون أن اللجنة التى وضعته قصدت بهذا النص الاحالة على النصوص والمبادىء التى تحكم كل حالة على حدة حتى تتفادى مى بحث ماينشأ عن فسخ أو بطلان العقود بالنسبة الى الغير فى كل حالة على حدة وبخاصة فى الحالات التى وردت فيها نصوص خاصة لحماية الدائنين المرتهنين من الأثر الرجعى لفسخ سند ملكية الراهن أو بطلانه . والظاهر أن هذه الحالات هى التى كانت ماثلة فى ذهن واضعى قانون الشهر العقارى عندما وضعوا نص المادة ١٧ فقرة ثانية الذى اشترطوا به أن يكون الغير الذى كسب حقه قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ أو البطلان أو غير ذلك من الدعاوى التى ذكرتها المادة ١٥ حسن النية ، اذ رأوا من الأنسب - كما تقول المذكرة الايضاحية لقانون الشهر العقارى - أن يتضمن النص الجديد قاعدة عامة تبين مدى حجية شهر هذه الدعاوى على الغير الذى كسب حقه قبل شهرها وأن مدى هذه الحجية هو حسن نية الغير (أنظر فى ذلك كتابنا فى شرح عقد الايجار سنة ١٩٥٤ هامش ص ٢٠٥ وص ٢٠٦ وسنة ١٩٦٨ ص ٢٤٣ و ٢٤٤ وانظر أيضا ما سيجىء فى نبذة ٢١٥) .

(١) انظر محمد على عرفه فى أسباب كسب الملكية سنة ١٩٥٥ ص ٢٥٥ نبذة ١٩٤ ، البدراوى سنة ١٩٥٦ ص ٣٠٥ نبذة ٢٠٣ ، ص ٣٤٠ نبذة ٢١٩ ، منصور مصطفى منصور سنة ١٩٥٧ نبذة ٧٢ ص ١٢٥ ، البدراوى فى عقد البيع ص ٣٠٤ نبذة ٢٠٣ وص ٣٣٩ نبذة ٢١٩ .

بأن البائع له أو مورثه سبق أن تصرف فى المبيع ذاته لمشتر آخر لم يسجل عقده[١] . . . . . »

وقد رفضت محكمتنا العليا التفسير الذى يذهب اليه الرأى الثانى (نظرية التواطؤ) لمعنى حسن النية فى المادة ١٧ فقرة ثانية حيث قررت فى حكم آخر بتاريخ ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ أن « الغير سىء النية فى معنى المادة المذكورة هو الذى كان يعلم أن البائع له غير مالك أو أن سند ملكيته مشوب بعيب يبطله أو بما يوجب فسخه. أما من يتعامل مع بائع لم يثبت أنه سبق أن تصرف فى العقار المبيع تصرفاً انتقلت به الملكية فلا يعتبر سىء النية فى معنى المادة المذكورة لأنه يكون فى هذه الحالة قد تعامل مع مالك حقيقى لا تشوب ملكيته شائبة ولو كان يعلم وقت تعاقده معه أنه سبق أن باع نفس العقار لمشتر سابق لم يسجل عقده ، ذلك أنه وفقاً للمادة ٩ من القانون المشار اليه يجب شهر جميع التصرفات التى من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار اليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة الى غيرهم ، ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن. فمن يتعامل مع بائع على أساس هذا القانون لا يصح اهدار أثر سبق تسجيل عقده أو عريضة دعواه استناداً الى المادة ١٧ فقرة ثانية من القانون المذكور[٢] » .

---

(١) المحاماة ٣٥ — ١٠٩٣ — ٤٧٥ مجموعة أحكام النقض ٥ — ٣٠٢ — ٥٤ . انظر ايضا نقض مدنى ٤ مارس ١٩٥٤ المحاماة ٣٥ — ١١٣٦ — ٥١٢ مجموعة احكام النقض ٥ — ٢٧٢ ، — ٩١ وقد جاء فيه أنه من غير المنتج مايتمسك به الطاعن من سوء نية المطعون عليه بمقولة انه كان يعلم وقت شرائه أن البائع اليه كان قد تصرف الى الطاعن فى كل أو بعض الأطيان المبيعة ، ذلك أنه لاعبرة فى هذا الخصوص بهذا العلم متى كان عقد المشترى الأول لم يسجل وبالتالى لم تنتقل به الملكية من البائع . وأيضا ١٣ مايو ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ — ٨٥٦ — ١٢٨ .

(٢) المحاماة ٣٥ — ١١٦٩ — ٥٤١ مجموعة أحكام النقض ٥ — ٨٥٦ — ١٢٨ .

وقد سبق أن لاحظنا أن رفض محكمة النقض التفسير الذى تقول به نظرية التواطؤ لنص المادة ١٧ فقرة ثانية لا يقطع بأن المحكمة ترفض نظرية التواطؤ فى ذاتها، لما تقدم من أن هذه النظرية لا تقوم على هذا التفسير وحده بل تقوم أيضاً على المبدأ القائل بأن الغش يبطل التصرفات ، وأنه اذا كانت المحكمة قد نبذت بهذا الحكم أول الأساسين اللذين تستند اليهما هذه النظرية فانها لم تقل فيه شيئاً فى شأن الأساس الثانى ولم تنف احتمال ابطال أثر التسجيل بسبب حدوث تواطؤ بين المشترى الذى سجل عقده والبائع اليه كما كانت تصرح بذلك فى ظل قانون التسجيل . وقلنا انا نعتقد أن سكوتها عن ذلك لا يرجع الا الى أن الفصل فى القضية التى قررت فيها هذا المبدأ لم يكن يحتاج الى التعرض لانعدام أثر التواطؤ، وأنه متى عرضت عليها قضية أخرى تحتاج الى ذلك فلن تتردد فى السير على قضائها السابق على قانون الشهر العقارى وفى تقرير انعدام أثر التواطؤ على تسجيل العقد الصادر من مالك . وقد تحقق ما توقعناه ، فقضت محكمة النقض فى ٣ أبريل ١٩٥٨ بأنه متى كان المشترى الثانى قد سجل عقد شرائه وطعن المشترى السابق الذى لم يسجل عقده بصدور العقد الثانى المسجل بطريق التواطؤ رغبة من البائع فى الرجوع عن البيع له تأسيساً على أن المشترى الثانى قد وقع كشاهد على عقده هو فأغفل الحكم الرد على هذا الدفاع الذى يتغير به وجه الرأى فى الدعوى، فان ذلك لا يعيب الحكم بالقصور، ذلك لأن توقيع المشترى الثانى كشاهد على العقد الذى لم يسجل لا يعتبر اقراراً منه بانتقال ملكية المبيع الى من صدر له ذلك العقد ، وأن صح هذا التوقيع دليلا على علم صاحبه بسبق التصرف الى الغير فانه لا يحول دون كسبه ملكية المبيع بعد ذلك بمقتضى عقده الذى بادر

= ويلاحظ أن هذا الحكم يؤيد ماذهبنا اليه من أن المادة ١٧ فقرة ثانية لا تطبق — بالرغم من عموم نصها — على حالة المشترى الثانى الذى يسجل عقده قبل أن يسجل المشترى الأول عقده أو عريضة دعواه .

الى تسجيله فصح سنداً لنقل الملكية اليه ولو كان في ذلك متواطئا مع بائعه(١) .

١٧٥ – (٢) *تزاحم المشترين من بائعين مختلفين وبخاصة المشترى من المورث والمشترى من الوارث* – تقدم أنه اذا تزاحم المشترون من بائع واحد مالك المبيع كانت الأفضلية لمن سبق منهم الى تسجيل عقده . أما اذا تزاحم المشترون من بائعين مختلفين فلا محل للمفاضلة بينهم على أساس السبق فى التسجيل ، لأن تسجيل العقد الصادر من غير المالك لا يكفى لنقل الملكية ،

---

(١) نقض مدنى ٣ أبريل سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ — ٣٣٠ — ٣٦/ب وقالت أيضا فى حكم حديث لها أن المادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١٩٤٦/١١٤ تنص على وجوب شهر جميع التصرفات المنشئة للحقوق العينية العقارية الأصلية ورتبت على عدم الشهر ألا تنشأ هذه الحقوق ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة للغير . واذ جاء هذا النص — أسوة بنص المادة الأولى من قانون التسجيل لسنة ١٩٢٣ المقابل له — خلوا مما يجيز ابطال الشهر اذا شابه تدليس أو تواطؤ ، فان مفاد ذلك — على ماجرى به قضاء محكمة النقض — هو اجراء المفاضلة عند تزاحم المشترين فى شأن عقار واحد على أساس الأسبقية فى الشهر ولو نسب الى المشترى الذى بادر بالشهر التدليس أو التواطؤ مع البائع طالما أنه قد تعاقد مع مالك حقيقى لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله . ولا يغير من ذلك أن يكون صاحب التسجيل اللاحق قد حصل على أسبقية فى تقديم طلبه لجهة الشهر اذ أن مجرد الأسبقية فى تقديم الطلب لاتنال من الآثار القانونية المترتبة لصاحب التسجيل السابق ، ولا يغير من هذا النظر القول بأن التسجيل السابق كان نتيجة غش أو تواطؤ بين من تم التسجيل لصالحه وبين الموظف الذى أجراه بمصلحة الشهر العقارى بعدم مراعاته للمواعيد والاجراءات التى تقضى بها المادة ٣٣ من قانون الشهر العقارى ، ذلك أن ما تنظمه هذا النص لا يعدو أن يكون تبيانا للقواعد الادارية المحددة للاجراءات والمواعيد الواجب على مأمورية الشهر العقارى اتباعها عند بحث الطلبات أو مشروعات المحررات المقدمة للشهر بشأن عقار واحد ، واذ لم يرتب المشرع بطلان الشهر على مخالفته ، فان الأفضلية تكون عند سبق تسجيل التصرف الصادر له ولو كان هو صاحب الطلب اللاحق ، وليس لصاحب الطلب السابق ان صح ما يدعيه من أن هذه المخالفة كانت نتيجة غش أو تواطؤ سوى طلب التعويض يوجهه الى موظف الشهر العقارى ومن تواطأ معه اذا كان لطلبه محل (نقض مدنى ١٥ فبراير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ — ٢٩٥ — ٣٩) .

بل لابد فى نقل الملكية بالتسجيل من أن يكون العقد المسجل صادراً من مالكه. وافن تكون الأفضلية فى الفرض الذى نعالجه هنا لا على أساس السبق فى التسجيل بل على أساس تلقى الحق من مالكه . فاذا سجل العقد الصادر من غير المالك وسجل العقد الصادر من المالك كان المشترى بهذا العقد الأخير مفضلا ولو كان تسجيل عقده متأخراً ، بل انه يفضل ولو لم يسجل عقده أصلا ويجوز له تسجيله فى أى وقت طالما أن البائع اليه لم ينقل ملكية المبيع ذاته الى شخص آخر بعقد مسجل .

وقد أثار تطبيق ذلك على المفاضلة بين عقد صادر من المورث وآخر صادر من الوارث صعوبة فى العمل . أتجرى المفاضلة بينهما على اعتبار أن الوارث مكمل شخصية المورث وأن العقدين كأنهما صادران من بائع واحد مالك المبيع فتكون الأفضلية بينهما للأسبق تسجيلا ؟ أم تجرى على اعتبار أن شخصية الوارث لا شأن لها بشخصية المورث وأن العقدين صادران من بائعين مختلفين فيكون المعول عليه فى التفضيل بينهما على تعرف أى البائعين هو المالك ، فيفضل العقد الصادر منه ؟

قضت محكمة النقض فى هذه المسألة بأن استبعدت الحل الأول واعتمدت الثانى واطرد قضاؤها على أن المعول عليه هو الأخذ بنظرية الشريعة الاسلامية من اعتبار شخصية الوارث مغايرة لشخصية المورث ، ولذلك فلا محل للمفاضلة بين البيع الذى يصدر من المورث والبيع الذى يصدر من الوارث لصدورهما من شخصين مختلفين وتكون العبرة بتعرف المالك الحقيقى اذ يكون العقد الصادر من هذا المالك هو العقد الصحيح[1] .

ولكن يبقى بعد ذلك معرفة أى العقدين — العقد الصادر من المورث أو العقد الصادر من الوارث — يعتبر هو الصادر من المالك .

---

(١) نقض مدنى ٣ ديسمبر ١٩٣١ مجموعة القواعد القانونية ١ ص ٣٤ ، وأيضاً ٢٨ يونية ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧—٤٩٤—١١١ المحاماة ٣٧—٨٢٦—٣٦٤ .

ولاشك فى أن العقد الصادر من المورث عقد صادر من مالك ، ولكن الفرض أنه لم يسجل فلم ينقل الملكية الى المتصرف اليه بل بقيت الملكية للمورث حتى وفاته .

أفيعتبر العقد الصادر من الوارث فى هذه الحالة صادراً من مالك أيضاً أم يعتبر صادراً من غير مالك ؟ ان كانت الأخيرة كان العقد الصادر من المورث مفضلا ولو لم يسجل ، وان كانت الأولى كانت المفاضلة بين العقدين بالأسبقية فى التسجيل .

وقد كان يمكن عملا بالقاعدة الشرعية لا تركة الا بعد سداد الديون اعتبار أموال المورث باقية على حكم ملكه حتى تتم تصفية التركة بسداد ديونها ومنها التزام المورث بنقل ملكية العقار المبيع الى المتصرف اليه ، فيكون العقد الصادر من الوارث قبل ذلك صادراً من غير مالك ولا تجوز المفاضلة بينه وبين العقد الصادر من المورث على أساس الأسبقية فى التسجيل بل يفضل العقد الصادر من المورث ولو لم يكن قد سجل أو كان قد سجل بعد تسجيل العقد الصادر من الوارث ، وذلك لصدور الأول من المالك الحقيق . وظاهر أن هذا التكييف أصلح للمشترى من المورث من التكييف الذى يذهب الى أن أموال المورث ـ بما فيها ملكية العقار المبيع بعقد غير مسجل ـ تؤول من وقت موته الى ورثته لأن هذا التكييف الأخير يضعف مركز المشترى من المورث بتفضيل المشترى من الوارث عليه ويقصر حقه على المطالبة بتعويض قد يحصل عليه بعد اجراءات كثيرة تقتضيه جهداً كبيراً ووقتاً طويلا وقد لا يحصل عليه.

ومع ذلك فقد رجح فى الفقه والقضاء الرأى القائل بأن أموال المورث بما فيها ملكية العقار المبيع بعقد غير مسجل تؤول الى الوارث ويكون العقد الصادر من الأخير صادراً من مالك ولا يكون للمشترى من المورث بعقد غير مسجل سوى حق شخصى يداين به التركة ، فاذا استحال تنفيذه عيناً

بسبب تسجيل عقد صادر من الوارث لم يبق للمشترى من المورث سوى مطالبة التركة والوارث الذى آلت اليه بالتعويض(١) .

وواضح أن هذا الرأى الذى رجح من شأنه أن يضر بحقوق المشترى من المورث بالرغم من أن هذا الأخير مشتر من مالك لم يتصرف الى غيره فى العقار الذى باعه اليه وليس من العدالة فى شىء أن يضار هذا المشترى ببيع

---

(١) أنظر نقض مدنى أول يونيه ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ — ٥٦٩ — ١٤١ وقد جاء فيه أن البيع الصادر من المورث لاينقل ملكية المبيع الى المشترى منه الا بالتسجيل. فاذا لم يسجل هذا المشترى عقده ، بقى العقار على ملك البائع وانتقل الى ورثته من بعده بالارث . واذا ثم باعوه وسجل المشترى منهم عقد شرائه انتقلت اليه ملكيته لأنه يكون قد تلقاه من مالكين وسجل عقده وفقاً للقانون ، وبذا تكون له الأفضلية على المشترى من المورث الذى لم يسجل عقد شرائه .

وفى هذا المعنى أيضاً نقض مدنى ٥ فبراير ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ـ٤٦٧ـ٦٧ ، وكذلك نقض مدنى ٤ يونيه ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ـ١١١٣ ـ ١٧٦ وقد أضاف هذان الحكمان الى ماقرره الحكم السابق قولها :

أما الاحتجاج بقاعدة ألا تركة الا بعد سداد الديون وأن شخص الوارث يغاير شخص مورثه ، فلا محل لاجراء حكم التفاضل بين البيعين على اعتبار أنهما صادران من متصرف واحد فى حين أنهما صادران من شخصين مختلفين ، هذا الاحتجاج لا تأثير له على حكم انتقال الملكية بالتسجيل وفقاً للمادة الأولى من القانون ١٨/١٩٢٣ الواجبة التطبيق على واقعة الدعوى والتى من مقتضاها ألا تنتقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين الا بالتسجيل ، وأن ليس للمشترى بعقد غير مسجل الا حقوق شخصية قبل البائع له . فكما أن البائع بعقد غير مسجل يستطيع أن يبيع مرة ثانية لمشتر آخر تنتقل اليه الملكية بتسجيل عقده ، فكذلك الوارث الذى حل محل مورثه فيما كان له من حقوق وما عليه من التزامات فى حدود التركة يملك أن يتصرف فى العين التى يتلقاها بالميراث عن مورثه لمشتر آخر اذا لم يسجل المشترى من مورثه عقد شرائه ، وتنتقل الملكية الى هذا المشترى الآخر بالتسجيل لبقائها حكما على ملك المورث . أما كون تصرف الوارث نافذا او غير نافذ فى حق دائنى التركة فهو بحث آخر ، ويظل حق الدائنين قائما فى الطعن فى هذا التصرف بما يخولهم القانون من حقوق فى هذا الخصوص ، كما يبقى لهم حق تتبع أعيان التركة استيفاء لديونهم وفقا لأحكام الشريعة الغراء الواجب تطبيقها فى هذا الخصوص عملا بالمادة ٥٤ مدنى قديم .

وفى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط ج٤ ص ٤٨٣ ، أنور سلطان نبذة ١٨٤ ، امام نبذة ١٧٠ و١٧٦ ، البدراوى نبذة ٢٢١ و٢٢٢ ، منصور نبذة ٧٣ ، جميل الشرقاوى ص ١٩٢ ، لبيب شنب ص ١٤٢ .

يصدر بعد ذلك من شخص آخر غير المالك الذى باع اليه والذى مات مصراً على هذا البيع ودون أن يتصرف فى المبيع الى غيره .

لذلك كان لابد أن يعالج المشرع هذه الحالة . وقد عالجها فعلا بما أورده فى شأنها من أحكام فى المادتين ١٣و١٤ من قانون الشهر العقارى خاصة بشهر حق الارث تتلخص فى منع شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى أى عقار من أموال التركة قبل أن يشهر الوارث حقه فى الارث وتتاح لدائنى المورث - ومنهم المتصرف اليه منه بعقد غير مسجل — أن يؤشروا بحقوقهم فى هامش تسجيل حق الارث ، فيحاط المتعاملون مع الوارث علماً بذلك ، فتكون التصرفات الصادرة اليهم بعد تسجيل حق الارث وتأشير الدائنين بحقوقهم غير نافذة فى حق هؤلاء الدائنين[1] .

وقد قدر المشرع أن الدائنين ربما لا يصلهم نبأ شهر حق الارث فى حينه فيبادر الوارث بعد شهره الى التصرف الى الغير ويبادر هذا الى تسجيل عقده قبل أن يتنبه دائن المورث أو المشترى منه بعقد غير مسجل الى وجوب التأشير بحقه فى هامش شهر حق الارث ، فأعطى دائنى المورث مهلة مدتها سنة اذا أشروا بحقوقهم فى خلالها كان لهم أن يحتجوا بها على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً

---

(١) تنص المادة ١٣ من قانون الشهر العقارى على أنه « يجب شهر حق الارث بتسجيل شهادات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الارث مع قوائم جرد التركة اذا اشتملت على حقوق عينية عقارية ، وذلك بدون رسم ، والى أن يتم هذا التسجيل لايجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى حق من هذه الحقوق . — ويجوز أن يقصر شهر حق الارث على جزء من عقارات التركة ، وفى هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبنى على أساسها تصرفات الورثة » .

وتنص المادة ١٤ على أنه « يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث فى هامش تسجيل الاشهادات أو الأحكام أو السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها . — ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ، ومع ذلك اذا تم التأشير فى خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار اليه ، فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقاريا وقام بشهره قبل هذا التأشير » .

وقام بشهره قبل هذا التأشير (المادة١٤) . أما اذا تأخروا فى التأشير بحقوقهم أكثر من مدة السنة المذكورة فانهم لا يحتجون بهذه الحقوق على من سبقهم فى شهر حقه ويحتجون بها فقط على من شهر حقه بعدهم .

وبذلك أيد المشرع قضاء محكمة النقض الذى ثبتت عليه منذ حكمها الصادر فى ٣ ديسمبر ١٩٣١ سالف الذكر باعتبار شخصية الوارث مغايرة لشخصية المورث ، واعتبر الوارث مالكا جميع أعيان المورث ، وجعل المفاضلة بين التصرفات الصادرة من المورث والتصرفات الصادرة من الوارث بالأسبقية فى الشهر باعتبار أن كلا من تصرف المورث ومن تصرف الوارث صادر من مالك ، ولكنه حد من أثر ذلك بأن قلل من فرص التزاحم بين المتعاملين مع المورث والمتعاملين مع الوارث ، اذ منع شهر تصرفات الوارث قبل شهر حقه فى الارث ، وخول المتعاملين مع المورث وسيلة يتقدمون بها على المتعاملين مع الوارث وهى المبادرة الى التأشير بحقوقهم فى هامش شهر حق الارث . فاذا تم لهم ذلك فضلوا على جميع المتعاملين مع الوارث ، واذا تأخروا فيه الى بعد سنة من تاريخ شهر حق الارث فضل عليهم من سبقهم الى شهر حقه من المتعاملين مع الوارث وفضلوا هم على من سبقوه فى ذلك .

وقصارى القول ان المشرع اعتبر البيع الصادر من الوارث فى عقار سبق أن باعه المورث بعقد غير مسجل بيعا صادرا من مالك ، شأنه فى ذلك شأن البيع الذى سبق صدوره من المورث ، وتكون المفاضلة بين العقدين بالسبق فى التسجيل ، على أن يكون لتأشير المشترى من المورث بحقه فى هامش تسجيل شهادة توريث الوارث فى خلال سنة من تسجيلها أثر رجعى بالنسبة لتسجيل العقد الصادر من المورث بحيث يعتبر هذا التسجيل كأنه تم قبل شهر حق الارث وبالتالى قبل انتقال الملكية الى الوارث ، فيكون مفضلا على العقد الصادر من الوارث اذ يعتبر هذا العقد الأخير بسبب ذلك الأثر الرجعى صادرا من غير مالك ، أى أن المشترى من المورث يفضل على المشترى من الوارث

اذا سجل عقده قبل تسجيل عقد الأخير أو سجله بعده ولكنه أشر بحقه فى هامش تسجيل حق الارث فى خلال سنة من هذا التسجيل الأخير[1] .

١٧٦ — (ثانيا) التنفيذ العينى الجبرى للالتزام بنقل ملكية عقار — تقدم أن قانون التسجيل ، ومن بعده قانون الشهر العقارى ، قد جعل الالتزام بنقل ملكية عقار لا يتم تنفيذه الا بتسجيل التصرف المنشىء لهذا الالتزام، وأن التسجيل صار وفقا لهذين القانونين يقتضى معاونة البائع للمشترى فى بعض الاجراءات اللازمة ،وأهمها جميعاً توقيع عقد على ورق من نوع خاص أمام موثق أو موظف مختص بالتصديق على الامضاءات وذلك بعد اعتماد مشروع العقد من مصلحة المساحة وتأشيرها عليه بصلاحيته للشهر. كما تقدم أنه اذا قام البائع بهذه الاجراءات باختياره برئت ذمته من التزامه بنقل الملكية وانتقلت الملكية فعلا الى المشترى بمجرد تسجيل عقده .

أما اذا تأخر البائع فى القيام بما يجب عليه من اجراءات فى هذا الشأن، وبخاصة اذا امتنع عن توقيع المحرر الصالح للشهر أمام موظف مختص ،كان للمشترى وفقاً للقواعد العامة أن يلجأ الى التنفيذ العينى الجبرى طالما بقى ذلك ممكنا ، والا فانه لا يكون له الا طلب التنفيذ بمقابل .

ومن البدهى أن المشترى لا يجوز له أن يطلب من المحكمة جبر البائع على التنفيذ العينى باكراهه على توقيع المحرر الصالح للشهر، لأن فى ذلك حجراً على حرية المدين ، ولكن ليس مؤدى ذلك استحالة التنفيذ العينى الجبرى بل ان المشترى يستطيع الوصول الى هذا التنفيذ بالاستعاضة عن توقيع البائع أمام الموظف المختص بحكم يصدر من المحكمة بثبوت التعاقد ، لأن حكمة اشتراط المشرع التصديق على امضاءات المتعاقدين من موظف مختص

---

(١) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط ج ٤ نبذة ٢٧١ ص ٤٨٣ وما بعدها ، أنور سلطان نبذة ١٨٤ ص ٢٢٤ .

يمكن أن تتحقق بحضور المتعاقدين أمام المحكمة المختصة وبقيام الدليل أمامها على حصول التعاقد فعلا . وقد جرت المحاكم فى ظل قانون التسجيل على اعتبار الحكم الذى يصدر منها يقوم مقام العقد المصدق على توقيعه ، ويجوز تسجيله بدلا من تسجيل ذلك العقد[1] ، فتنتقل بذلك ملكية العقار محل التعاقد[2] . وقد وصلت المحاكم الى هذا الحق عن طريق تطبيق المبادىء العامة . ورأى واضعو التقنين الحالى أن ينصوا عليه صراحة، فقرروا فى المادة ٢١٠ منه أنه « فى الالتزام بعمل ، يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ ، اذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام » .

١٧٧ — دعوى صحة التعاقد وشرطها الأساسى — شاع بعد صدور قانون التسجيل استعمال هذه الدعوى التى يهدف بها المشترى الى الحصول

---

(١) ويلاحظ ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة ٢٢ من قانون الشهر حيث أوجبت أن يقرن كل طلب شهر بالأوراق المؤيدة لبيان صفات من يقومون مقام غيرهم ومدى سلطاتهم والبيانات الخاصة بالتكليف والبيانات الخاصة بأصل الملكية . وتقضى تعليمات الشهر العقارى بوجوب بحث أصل ملكية المتصرف وتكليفه عند تقديم أحكام صحة التعاقد للتسجيل — كما هى الحال فى تسجيل العقود — بتقديم المستندات التى تؤيد ذلك . واذا تعذر على المحكوم لصالحه تقديم المستندات المثبتة لأصل الملكية نظراً لوجودها فى حوزة الصادر ضدهم الحكم ، فيجب التحقق من صحة هذه الملكية بسؤال الملاك السابقين والمجاورين ورجال الحكومة وأصحاب التكليف المدرج به العقار ثم يعمل اقرار بنتيجة هذا التحقيق يحرر على ورق التسجيل المدموغ ويوضح به أصل الملكية على أن يوقع الاقرار من الصادر لصالحه الحكم ويصدق على توقيعه ويرفق بالحكم عند تسجيله . ويغنى هذا الاقرار عن تقديم السند المثبت لأصل الملكية فقط ، ولكنه لا يغنى عن تقديم التوكيلات والاعلامات الشرعية وشهادات الوفاة الرسمية والادارية وقرارات محاكم الأحوال الشخصية والمحررات السابق شهرها (المرجع فى أحكام الشهر والتوثيق للأستاذين محب الدين سعد وفؤاد غالى ص ٤٩٧).

(٢) فى هذا المعنى نقض مدنى ٢٢ ديسمبر ١٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية ١ — ١٥٤ — ٨٣ ، ١٩ ابريل ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ — ٧٣٤ — ١١٧ ويغنى تسجيل الحكم اذا تضمن جميع البيانات الخاصة بتحديد العقار المبيع وشروط التعاقد عن تسجيل العقد غير المصدق على توقيعه ، ولا يحتاج الأمر الى تسجيل ذلك العقد باعتباره من ملحقات الحكم الا اذا لم يتضمن الحكم جميع البيانات المذكورة واكتفى بالاحالة على العقد فى شأنها . فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٤٩٠ هامش ٢ .

على حكم بثبوت البيع يقوم مقام العقد الصالح للشهر والمصدق على توقيعه ودرج المتقاضون على تسميتها دعوى صحة التعاقد ، وكثيرا ما تسمى دعوى صحة ونفاذ العقد . غير أن التكييف الصحيح لها هى أنها دعوى ثبوت البيع action en constataion de la vente أو دعوى تنفيذ البيع action en réalisation de la vente (وبخاصة فيما يتعلق بما ينشئه العقد من التزام بنقل الملكية) .

فالبحث يدور فيها أولا حول حصول توافق الارادتين على البيع توافقاً حقيقياً لا صورياً ، وثانياً حول صحة التعاقد(١) ونشوء التزام منه بدفع الثمن والوفاء فعلا بهذا الالتزام(٢) وكذلك نشوء التزام بنقل ملكية عقار وكون

---

(١) نقض مدنى ٢١ ابريل ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ ـ ٨٩٩ ـ ١٢٣ وقد جاء فيه أن « الدعوى بصحة ونفاذ العقد تستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى اذا ما سجل الحكم قام مقام العقد المسجل فى نقل الملكية وهذا يقتضى أن يفصل القاضى فى أمر صحة البيع ويتحقق من استيفائه للشروط اللازمة لانعقاده وصحته ثم يفصل فى أمر امتناع البائع عن تنفيذ التزاماته ومن ثم فان تلك الدعوى تتسع لأن يثار فيها كل أسباب بطلان العقد اذ من شأن هذا البطلان لو صح أن يحول دون الحكم بصحة العقد، وعلى ذلك فانه اذا فات الخصم ابداء سبب من هذه الأسباب كان فى استطاعته ابداؤه فى تلك الدعوى ثم حكم بصحة العقد ونفاذه، فان هذا الحكم يكون مانعا لهذا الخصم من رفع دعوى جديدة ببطلان العقد استناداً الى هذا السبب . ولا يصح قياس هذه الحالة على صورة رفع دعوى طلب بطلان عقد بسبب من أسباب البطلان اذ فى هذه الصورة تنحصر وظيفة المحكمة فى بحث هذا السبب وحده فترفضه أو تقبله، وهى حين تنتهى الى رفضه يقتصر قضاؤها على هذا الرفض ولا يتعدى ذلك الى القضاء بصحة العقد. ومن ثم فان حكمها برفض هذا السبب لا يمنع الخصوم عن رفع دعوى جديدة بطلب بطلان ذات العقد لسبب آخر من أسباب البطلان. أما فى دعوى صحة ونفاذ العقد فالأمر مختلف اذ المحكمة لا تقف عند رفض أسباب البطلان الموجهة الى العقد بل انها تجاوز ذلك الى البحث فى صحة العقد ولا تقضى بصحته ونفاذه الا اذا تحقق لها من الأوراق المقدمة اليها أن التصرف الذى يتناوله العقد صحيح ونافذ » .

وفى هذا المعنى أيضا نقض مدنى أول مارس ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ ـ ٤٨٦ ـ ٦٧ وقد جاء فيه أن دعوى صحة التعاقد تتسع لبحث كل ما يثار من أسباب تتعلق بوجود العقد أو انعدامه أو صحته أو بطلانه ، ومنها أنه صورى صورية مطلقة اذ من شأن هذه الصورية لو صحت أن يعتبر العقد لا وجود له قانونا فتحول دون الحكم بصحته ونفاذه .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بتاريخ ٢٥ ابريل ١٩٥٧ بأنه متى كان الثابت أن المشترى دفع جزءاً من ثمن المبيع عند تحرير عقد البيع واتفق على سداد الباقى عند تحرير العقد النهائى وأن البائع تمسك أمام محكمة الموضوع بأن المشترى لم يوف بكامل الثمن =

هذا الالتزام مستحق الأداء لا يعطله دفع كالدفع بعدم التنفيذ ولا دعوى كدعوى الفسخ(١) ، وثالثاً حول امكان تنفيذ هذا الالتزام تنفيذاً عينياً جبرياً(٢). ولعل هذا الشق الأخير من البحث هو الذى دعا المتقاضين الى عدم الاقتصار فى هذه الدعوى على طلب الحكم بصحة التعاقد وعلى العناية بتضمين صحائف دعاواهم طلب الحكم بصحة التعاقد ونفاذه .

= المستحق فى ذمته ، فان الحكم يكون قد خالف القانون اذا قضى بصحة ونفاذ العقد دون أن يقيم الدليل على وفاء المشترى بكامل الثمن ، كما انه يكون قد عاره قصور فى التسبيب اذا لم يرد على دفاع البائع فى هذا الخصوص (مجموعة احكام النقض ٨ـ ٤١ ـ ٥٤٧ المحاماة ٣٨ ـ ٥٥٥ ـ ٢٢٥). وفى هذا المعنى أيضاً نقض مدنى ١٤ نوفمبر ١٩٥٧ المحاماة ٣٨ ـ ١٠٧٥ ـ ٤٨٧ مجموعة احكام النقض ٨ ـ ٧٨٩ ـ ٨٧ وقد جاء فيه أنه متى كان المشترى قد رفع الدعوى بطلب صحة التعاقد عن عقد البيع وأسس دعواه على أنه وفى بالتزامه بالثمن وطلب احالة الدعوى الى التحقيق لاثبات هذا الوفاء كما رفع البائع الدعوى بعدم وفاء المشترى بكامل الثمن ، فقضت المحكمة بصحة التعاقد ، وكان مفهوم ماذكرته عن ذلك الوفاء أن نظر المحكمة انما يتعلق بصحة التعاقد فحسب وليس لها أن تتعرض الى أمر الوفاء أو عدم الوفاء بالالتزامات المترتبة على التعاقد ، فانها تكون قد أخطأت فى فهم القانون خطأ جرها الى التخلى عن النظر فيما دفع به البائع من عدم وفاء المشترى بكامل الثمن وفيما رد به المشترى من جانبه وأسس عليه دعواه من أنه وفى بالتزامه بالثمن، ويكون الحكم قد شابه قصور مبناه الخطأ فى فهم القانون، ذلك أن عقد البيع من العقود التبادلية والبائع لايجبر على تنفيذ التزامه اذا مادفع الدعوى بعدم قيام المشترى بتنفيذ التزامه بأنه لم يوف اليه بثمن المبيع المستحق وهو دفع يترتب على ثبوته حبس التزام البائع بنقل الملكية حتى يقوم المشترى بتنفيذ ماحل من التزامه . وأيضاً نقض مدنى ٢٠ أبريل ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ ـ ٣٧٦ ـ ٥١ وقد جاء فيه أنه متى كان الحكم المطعون فيه قد قضى بصحة ونفاذ عقد البيع المعقود بين المطعون عليه الثانى قبل أن يؤدى الأخير باقى الثمن خزانة المحكمة ، فانه لا يكون للطاعن (وهو البائع الصورى للبائع) ثمت مصلحة فى النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون لهذا السبب اذ أن المطالبة بباقى الثمن من شأن البائع وحده. ويلاحظ أن الحكم برفض دعوى صحة التعاقد لعدم قيام المشترى التزامه بدفع كامل الثمن لايمنع المشترى من العودة الى دعوى صحة التعاقد اذا قام بايفاء البائع باقى الثمن(نقض مدنى ٤ نوفمبر ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ـ ٩٧٣ ـ ١٥٤)

(١) نقض ٨ مايو ١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونية ٥ ص ٤٣٤ ، نقض ٢٢ مارس ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ ـ ٤٤٤ ـ ٨٢ .

(٢) ولذلك تجوز فى هذه الدعوى المنازعة فى صحة التعاقد بكافة أوجه النزاع ، ويجوز ابداء كافة الدفوع فيها ، كالدفع بالصورية أو بالبطلان لانعدام الرضا أو عدم توافق القبول والايجاب أو عدم مشروعية المحل أو السبب أو بالابطال لأى عيب من عيوب الرضا أو لنقص =

غير أننا لانرى ضرورة لذلك ونعتقد أن طلب الحكم بثبوت التعاقد يكفى ، لأن ثبوت التعاقد بحكم قضائى يقوم مقام تحرير عقد مصدق على توقيعه، ويجوز تسجيله وتنتقل به الملكية كما تنتقل بتسجيل العقد المذكور ولو لم ينص على ذلك فى الحكم .

على أنه يجب أن لايغيب عن البال أن طلب التنفيذ العينى الجبرى يفترض دائماً بقاء التنفيذ العينى ممكناً ، فاذا صار هذا التنفيذ مستحيلا امتنع طلب الجبر عليه أو الحكم بهذا الجبر .

وعلى ذلك فان اجازة تسجيل حكم بثبوت البيع يقوم مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية يفترض كون البائع مالكا المبيع وبقاءه كذلك الى حين صدور الحكم أو بعبارة أخرى يفترض ملكية البائع وعدم تسجيل أى تصرف صادر منه وناقل هذه الملكية الى شخص آخر . وهذا هو الشرط الأساسى لجواز الحكم بالتنفيذ العينى الجبرى .فاذا ظهر للمحكمة من أوراق الدعوى أن الملكية لم تنتقل الى البائع حتى تاريخ الفصل فى الدعوى لأن عقد شرائه لم يسجل وأن المشترى لم يختصم فى دعواه البائع للبائع له ليطلب الحكم بصحة العقد الصادر منه الى البائع اليه توطئة للحكم بصحة عقده هو حتى اذا ماسجل الحكم الصادر بصحة العقدين انتقلت الملكية اليه ، فانه لايكون للمحكمة أن تجيب المشترى الأخير الى طلبه وتكون دعواه بطلب صحة تعاقده قبل أن يسجل البائع له عقد شرائه غير مقبولة، ذلك أنه مادامت الملكية لم تنتقل الى البائع له فان هذا البائع لا يستطيع نقلها اليه كما وان الحكم للمشترى فى هذه الحالة بصحة عقده لا يمكن أن يحقق الغاية منه بسبب استحالة تسجيله قبل أن يسجل البائع له عقد شرائه ، وقد يمتنع من باع لهذا البائع

= الأهلية . ويجوز للبائع أن يعارض هذه الدعوى بدعوى فرعية بفسخ البيع لعدم وفاء المشترى بالتزاماته (نقض مدنى ٨ مايو ١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونية ٥ـ٤٣٤ـ١٩٩) . ومتى صدر الحكم بصحة التعاقد وأصبح نهائيا امتنعت المنازعة فى البيع بأى وجه من وجوه المنازعة.

عن القيام بالاجراءات اللازمة لهذا التسجيل ولا يكون فى الامكان اجباره على انفاذ التزامه بذلك عن طريق رفع دعوى عليه بصحة التعاقد اذا تبين أن البيع الصادر منه غير صحيح أو غير واجب النفاذ بسبب قانونى(١) .

وكذلك اذا ثبت قبل الحكم فى دعوى صحة العقد ونفاذه أن الملكية سبق أن انتقلت من البائع الى آخر ، امتنع الحكم فى الدعوى المرفوعة بالتنفيذ العينى الجبرى وتعين رفض الدعوى فيما يتعلق بطلب نفاذ العقد ، ولكن ذلك لايمنع الحكم بثبوت التعاقد وبنشوء الالتزام بنقل الملكية فى ذمة البائع وبالتعويض عن الاخلال بهذا الالتزام ان طلب المدعى ذلك .

ويلاحظ أن هذا الشرط يخشى منه من الناحية العملية أن يفقد دعوى صحة التعاقد ونفاذه جل أهميتها . اذ يستطيع البائع بمجرد رفع الدعوى عليه أن يسارع الى بيع العقار مرة أخرى الى غير المدعى وأن يمكن الأخير من تسجيل عقده قبل صدور الحكم فى دعوى صحة ونفاذ العقد الأول ، فتنتقل الملكية الى المشترى الثانى ويمتنع اجابة المشترى الأول الى طلب التنفيذ العينى الجبرى ويقتصر حقه على التعويض عن عدم نقل الملكية اليه فحسب .

غير أن المدعى يستطيع أن يتفادى هذا الخطر من طريق تسجيل صحيفة دعواه وفقا للمادة ١٥ وما بعدها من قانون الشهر العقارى ، فيكون له أن يحتج بالحكم الذى يصدر له فى هذه الدعوى ـ اذا ما أشر به فى هامش تسجيل صحيفتها ـ على كل من تلقى حقا من البائع بعد هذا التسجيل .

ويجوز رفع دعوى صحة التعاقد متى توافرت شروطها فى أى وقت ولا يجوز دفعها بالتقادم المسقط لأنها تعتبر دعوى استحقاق مآلا action en revendication par anticipation ولأن القاعدة المقررة قانونا هى أن الملكية لاتسقط بالتقادم ، فيجب

---

(١) نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ ـ ١١٩٦ ـ ١٦٤ .

أن تسرى هذه القاعدة على السبل التى تؤدى الى الملك(١) .

١٧٨ — *تسجيل الدعاوى* — تنص المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى على أنه « يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الالغاء أو الرجوع . فاذا كان المحرر الأصلى لم يشهر تسجل تلك الدعاوى . — ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال ، كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية(٢) . — وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار اليها بعد اعلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول المحكمة » .

وتقضى المادة ١٦ بأن « يؤشر بمنطوق الحكم النهائى فى الدعاوى المبينة بالمادة السابقة فى ذيل التأشير بالدعوى أو فى هامش تسجيلها » .

وتنص المادة ١٧ على أن « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة ١٥ أو التأشير بها أن حق المدعى اذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير

---

(١) نقض مدنى ٤ مارس ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ — ٥٦٩ — ٩٠ المحاماة ٣٥ — ١١٣٤ — ٥١١ ، وقرب أيضا ٢١ نوفمبر ١٩٥٣ المحاماة ٣٥ — ١٠٥٨ — ٤٤٦ .

(٢) ويلاحظ أن المادة ٧ من قانون التسجيل — وهى التى كانت تقابل المادة ١٥ من قانون الشهر — لم تكن تتضمن مثل هذه العبارة التى تنص على أنه « يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية » ، فثار الخلاف على جواز تسجيل هذه الدعاوى أو عدمه ، لأنها لم تكن تدخل فى الدعاوى المنصوص عليها فى المادة ٧ المذكورة وهى أولا دعاوى البطلان أو الفسخ أو الالغاء أو الرجوع ، وثانيا دعاوى الاستحقاق . وقد رجح الرأى القائل بجواز تسجيلها باعتبارها دعاوى استحقاق بحسب المآل ، وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأى (نقض ٥ يناير ١٩٣٣ المحاماة ١٣ ص ٨٣٩ وأيضا نقض مدنى ١٥ مايو ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ — ٤٦٤ — ٥٩ ، ١٩ يونيه ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ — ٥٨٧ — ٧٣) ، واعتمده المشرع بالنص عليه صراحة فى العبارة المشار اليها من المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى .

بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار اليهما » .

ويلاحظ أن الدعاوى المنصوص عليها فى المادة ١٥ ثلاثة أنواع :

(١) نوع من الدعاوى الشخصية يشمل دعاوى البطلان والفسخ والالغاء والرجوع وهى دعاوى يطعن بها على عقد تم شهره وترتبت عليه آثاره ويراد بها ازالة هذه الآثار كلية ازالة مستندة الى الماضى أى الى وقت ابرام العقد المطعون فيه لا وقت رفع الدعوى فحسب . ويشمل أيضاً الدعوى البولصية لأن النص يتناول الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف وجودا أو صحة أو نفاذاً ، ويراد بها جعل التصرف غير نافذ فى حق الدائنين من وقت صدوره لا من وقت رفع الدعوى فحسب .

(٢) ونوع من الدعاوى العينية العقارية يقتصر على دعاوى الاستحقاق، والغرض منها الحصول على حكم مقرر لحق عينى عقارى سابق على رفع الدعوى . فالحكم الذى يصدر فيها ليس حكما منشئا ذا أثر رجعى ، بل يعتبر اقراراً لوجود الحق العينى العقارى المدعى به وجوداً سابقاً على رفع الدعوى.

(٣) والنوع الثالث يشمل دعاوى صحة التعاقد وهى دعاوى شخصية يراد بها الوصول الى نقل حق عينى عقارى من طريق تسجيل الحكم الذى يصدر فيها[1]. ولا يتم هذا النقل الا من وقت تسجيل ذلك الحكم . فلا الحكم الذى يصدر فى هذه الدعوى ولا تسجيل هذا الحكم يكون لهما بحسب الأصل أثر رجعى فيما يتعلق بنقل الملكية .

وقد نظم المشرع بشأن هذه الأنواع الثلاثة من الدعاوى اجراءين متتاليين : الأول تسجيل صحيفة الدعوى أو التأشير بها فى هامش تسجيل

---

(١) راجع ما تقدم فى الهامش ٢ من ص ٣٣٢ .

المحرر المطعون فيه ان وجد ، والثانى التأشير بالحكم الذى تنتهى به الدعوى فى هامش التأشير أو التسجيل المذكورين، ورتب على اتمام هذين الاجراءين امكان الاحتجاج بالحكم الذى يصدر فى الدعوى على الغير بأثر رجعى يستند الى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى[1] .

والغرض من ذلك أولا وقبل كل شيء هو جعل المدعى باحدى هذه الدعاوى اذا ما حكم له فيها وأشر بحكمه وفقاً لما تقدم مفضلا على كل شخص كسب حقاً عينياً على العقار موضوع الدعوى وقام بشهره بعد تسجيل صحيفة الدعوى أو التأشير بها ، سواء كان ذلك الشخص قد كسب حقه بحسن نية أو بسوء نية ، اذ لا يقبل الاعتذار بحسن النية بعد شهر الدعوى المذكورة[2].

---

(١) غير ان هذا الأثر الرجعى للتأشير بالحكم مقصور على حماية رافع الدعوى من الحقوق التى يكسبها الغير على العقار ذاته بعد تسجيل صحيفة الدعوى (استئنـــاف مصر ٢٩ ابريل ١٩٣٢ المجموعة ٣٣ رقم ٢١٣) . فاذا كان رافع دعوى صحة التعاقد — بعد أن سجل صحيفتها — قد طلب الأخذ بالشفعة فى عقار مجاور للعقار موضوع هذه الدعوى ، كان طلبه على غير أساس لعدم ثبوت ملكيته للمشفوع به وقت طلب الشفعة ولأن الأثر الرجعى للتأشير بحكم صحة التعاقد لا يفيد ثبوت الملك له من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى (نقض مدنى ٨ نوفبر ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ — ٣٢ — ٦) .

(٢) نقض مدنى ٢٧ مارس ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ — ٢٤٣ — ٣٢ وقد جاء فيه أنه « متى تبين أن أحد المشترين المتزاحمين قد رفع دعوى بصحة تعاقده وسجل عريضتها قبل تسجيل عقد المشترى الآخر ثم سجل الحكم الصادر له بصحة التعاقد ، فان هذا الحكم يعتبر أسبق تسجيلا ويفضل عقد المشترى الآخر . ولا محل بعد ذلك لاقحام المادة ١٤٦ مدنى لاجراء حكمها على المشترى بهذا العقد المسجل باعتبار أنه خلف خاص كان يعلم بحكم صحة التعاقد فيسرى عليه ذلك الحكم ، أو للبحث فى أن علمه هذا كان مقترنا بعلمه بحصول تنازل عن الحكم المذكور مما يحد من أثره ، لأن تسجيل حكم صحة التعاقد يغنى فى تحقق أثره على الخلف الخاص عن العلم المشترط فى المادة ١٤٦ المشار اليها » .

وكذلك لو سجل أحد المشترين المتزاحمين صحيفة دعوى صحة التعاقد قبل أن يسجل الآخر صحيفة دعواه ثم سجل الآخر صحيفة دعواه والحكم الصادر فيها بصحة التعـــاقد ، فان تسجيل حكمه لا يحتج به على المشترى الذى سجل صحيفة دعواه أولا اذا حصل هذا أيضا على حكم بصحة التعاقد وأشر به فى هامش تسجيل صحيفة دعواه ولو كان هذا التأشير تاليا لتسجيل =

فمن اشترى عقاراً مرفوعة بشأنه دعوى بطلان أو فسخ أو الغاء سند ملكية البائع اليه أو دعوى استحقاق مدعى فيها بأن البائع ليس مالكا العقار المبيع أو دعوى صحة تعاقد مدعى فيها بأن البائع سبق أن باع العقار المبيع للمدعى ، لا يجوز له أن يحتج بتسجيل عقده متى كان هذا التسجيل تالياً لشهر صحيفة الدعوى المذكورة(١).

ولا بد فى ذلك من اتخاذ الاجراءين كليهما ، فلا يغنى تسجيل صحيفة الدعوى عن التأشير بالحكم الصادر فيها أو عن تسجيله(٢)، كما أن تسجيل الحكم لا يغنى عن تسجيل صحيفة الدعوى اذا كان يراد التمسك بالحق الثابت به على

= حكم المشترى الآخر أو التأشير به فى هامش صحيفة دعواه (نقض مدنى ١٩ يونيه ١٩٥٨ المحاماة ٣٩ — ٧٢٠ — ٢٥٦) .

واذا رفع كل من المشترين الأول والثانى دعوى صحة تعاقد وقاما بتسجيل صحيفة دعوى كل منهما فى يوم واحد وساعة واحدة ثم صدر لكل منهما حكم بصحة التعاقد ونفاذه وتأشر بهذا الحكم فى هامش تسجيل صحيفة الدعوى كانت المفاضلة بينهما بأسبقية رقم تسجيل صحيفة الدعوى (نقض مدنى ١٥ مايو ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ — ٤٩٤ — ٥٩) .

(١) انظر نقض مدنى ٢٧ مارس ١٩٥٨ مجموعة احكام النقض ٩-٢٤٣-٣٢ .

(٢) نقض مدنى ١٤ مارس ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ — ٢٩٨ — ٤٥ وقد جاء فيه أن « مؤدى نص المادتين ٩ ، ١٧ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى أن ملكية العقار لا تنتقل من البائع الى المشترى الا بتسجيل عقد البيع أو تسجيل الحكم النهائى باثبات التعاقد أو التأشير بذلك الحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى اذا كانت قد سجلت ويكون للمدعى فى هذه الحالة الأخيرة أن يحتج بحقه على الغير ابتداء من اليوم الذى تم فيه تسجيل صحيفة الدعوى. وينبنى على ذلك أن تسجيل صحيفة الدعوى والحكم فيها بصحة التعاقد — ولو كان نهائياً — دون التأشير بذلك الحكم على هامش تسجيل الصحيفة لا يترتب عليه نقل الملكية الى المشترى بل تبقى هذه الملكية للبائع وبالتالى يعتبر تصرفه الى مشتر آخر صادراً من مالك . ولا يحول دون الحكم للأخير بصحة ونفاذ عقده مجرد تسجيل صحيفة دعوى المشترى الأول وصدور حكم لصالحه بصحة تعاقده » .

وفى هذا المعنى أيضا البدراوى فى عقد البيع سنة ١٩٥٧ ص ٢٣٦ ، بور سعيد الابتدائية (استئناف) ٣١ ديسمبر ١٩٥٩ فى القضية رقم ١٥ سنة ١٩٥٧ (غير منشور) وننبه الى ذلك بوجه خاص لأن كثيراً من المتقاضين يعتقدون خطأ أنهم بمجرد تسجيلهم صحائف =

الغير الذي كسب حقاً آخر على العقار ذاته قبل تسجيله(١) .

أما من كسب حقاً على العقار موضوع احدى هذه الدعاوى وقام بشهره قبل شهر صحيفة تلك الدعوى ، فأمره يختلف . وقد كانت المادة ١٢ من قانون التسجيل تحيل فى شأنه الى النصوص والمبادىء السارية وقت اكتساب حقه ، وذلك لأن مركز هذا الشخص يختلف بحسب طبيعة الدعوى التى رفعت على سلفه بعد أن تلقى هو الحق من ذلك السلف . فالدعاوى الداخلة فى النوع الأول كان الأصل فيها أن الحكم الذى يصدر بشأنها يكون له أثر رجعى مستند الى وقت ابرام العقد المطعون فيه ، فيزول بناء عليه هذا العقد وكل ما ترتب عليه من أثر وتزول تبعاً له كافة التصرفات التى أبرمها من تلقى الملكية بموجب هذا العقد سواء كان المتصرف اليه الأول أو الثانى حسن النية أو سىء النية . غير أنه كانت توجد فى التقنين المدنى القديم بعض نصوص تحمى المتصرف اليه الثانى من أثر فسخ أو بطلان أو الغاء سند ملكية المتصرف اليه الأول متى كان المتصرف اليه الثانى حسن النية(٢).

= دعاواهم يحفظون حقوقهم قبل الغير ، مع أن الواقع أن تسجيل صحيفة الدعوى فى ذاته لا أثر له لأنه لا يفيد ثبوت الحق المدعى به للمدعى وانما الذى يفيد ذلك هو الحكم الذى يصدر لمصلحته. وهو الذى يجب فى الأصل شهره ، وانما اجيز تسجيل صحيفة الدعوى ليترتب عليه استناد أثر الحكم فى الماضى الى تاريخ هذا التسجيل بشرط التأشير بالحكم فى هامش ذلك التسجيل.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض فى حكم حديث لها بتاريخ ١٣ يونيه ١٩٥٧ بأن القضاء بشطب تسجيل المشترى لعقده قبل التأشير على هامش صحيفة الدعوى المرفوعة بصحة تعاقد آخر صادر عن ذات الأطيان المبيعة والمسجلة فى تاريخ سابق على تاريخ التسجيل المحكوم بشطبه هو قضاء سابق لأوانه وفيه مخالفة للقانون حتى لو قضى للمشترى الآخر بصحة ونفاذ العقد ، ذلك ان الحكم بشطب التسجيل لايكون الا بعد الحكم بصحة التعاقد والتأشير بذلك فعلا فى هامش صحيفة تلك الدعوى وما لم يحصل هذا التأشير لايكون للحكم بصحة التعاقد أى حجية بالنسبة لتسجيل العقد (مجموعة أحكام النقض ٨ـ٥٧٦ـ٦٤) .

(١) وكان يجب ان يقيد المشرع استناد أثر الحكم الى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى بضرورة التأشير بالحكم فى مدة معينة من تاريخ صيرورته نهائياً ، حتى لايشمل الأثر الرجعى للتأشير بالحكم مدة أطول مما ينبغى .

(٢) انظر المواد ٤٦/٢٧ ، ٤٧/٢٨ ، ٧٨/٥٥ ، ١١٨ مكررة / ١٧١ ، ١٣٦ مكررة ١٧٩/١٩٧ ، ٢٤٢ ، ٢٥٦ مكررة /٣٢٣ ، ٢٦٩ مكررة /٣٤٠ ، ٢٩٨/ ٣٧٢ ، ٣٨٥/٣١١ ، ٤٢٠/٣٣٧ مدنى قديم .

وفيما يتعلق بالنوع الثانى ، أى دعاوى الاستحقاق ، فقد كان من الواضح أن الحكم للمدعى بالاستحقاق انما يكون اقراراً لحقه من وقت حدوث الواقعة القانونية التى أكسبته هذا الحق ، فكان يجوز للمدعى أن يتمسك بحقه الذى حكم له به ضد أى شخص كسب قبل غيره حقاً على العقار موضوع الدعوى لأن الأول ثبت أنه مالك ولأن الثانى ثبت أنه متلق حقه من غير مالك(١). غير أنه اذا كان هذا الأخير قد حاز العقار خمس سنوات بحسن نية قبل تسجيل دعوى الاستحقاق فان القانون كان يحميه ويجعل الحكم الصادر فى هذه الدعوى لايحتج عليــــه به . فرأى واضعو قانون الشهر العقارى أن الحكم المؤشر به فى هامش تسجيل صحيفة الدعوى لايحتج به فى هاتين الحالتين على من كسب حقه بحسن نية على العقار موضوع الدعوى قبل تسجيل صحيفتها ، وآثروا بدلا من الاحالة على النصوص والمبادىء السارية فى شأن كل حالة على حدة أن يضعوا قاعدة عامة تحمى الغير الذى كسب حقه قبل تسجيل صحيفة احدى الدعاوى المذكورة بمجرد حسن نيته ، ونصوا على ذلك فى المادة ١٧ فقرة ثانية من قانون الشهر العقارى .

وجعلوا النص يشمل نوعا ثالثا من الدعاوى هو دعاوى صحـة التعاقد ، فجاء النص يفيد بمفهوم المخالفة أن الحـكم المؤشر به فى هامش تسجيل صحيفة الدعوى يحتج به على الغير الذى يكون قد كسب حقا على العقار موضوع الدعوى قبل تسجيل صحيفتها متى كان وقت كسبه هذا الحق سىء النية أى عالما بالواقعة التى قامت على أساسها تلك الدعوى .

ويخيل الينا أن هـذا النص قد جاوز قصدهم أولا فيما يتعلق بدعاوى الاستحقاق اذ لايتصور أن يحمى المشترى من غير المالك ويفضل على المالك

(١) ولـكن يشترط فى احتجاج المستحق بالحـكم الصادر لمصلحته على المشترى من المدعى عليه فى دعوى الاستحقاق الذى سجل عقده قبل صدور ذلك الحكم أن يكون المستحق قد اختصم المشترى فى الدعوى ، والا فانه لايجوز له الاحتجاج عليه به لأن البائع لايمثل المشترى منه فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع (نقض مدنى ٢٣ فبراير ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ — ١ — ٢٥١ — ٣٥) .

الذى حكم له بالاستحقاق لمجرد كون المشترى من غير المالك قد سجل عقده بحسن نية قبل رفع دعوى الاستحقاق وتسجيلها لأن حسن النية والتسجيل لا يكفيان فى ذاتهما لاكساب المشترى من غير المالك ملكية العقار المبيع ولا لسلب المالك ملكيته . وثانياً فيما يتعلق بدعاوى صحة التعاقد — وهى التى لم يكن يشملها نص المادتين ١٢و٧ من قانون التسجيل ولكنها أضيفت فى المادة ١٥ من قانون الشهر الى نوعى الدعاوى اللذين كان منصوصاً عليهما فى قانون التسجيل مع وجود فرق جوهرى بينها وبينهما لم يلتفت اليه المشرع عند صياغة حكم المادة ١٧ فقرة ثانية من قانون الشهر العقارى تلك الصياغة العامة التى شملت الأنواع الثلاثة من الدعاوى بحكم موحد — فان من طبيعة هذا النوع من الدعاوى أن أثره يقف عند تسجيل صحيفته ولا يرجع الى ماقبل ذلك بأى حال ، فلا يحتج بالحكم الذى يصدر فى دعوى صحة التعاقد على الغير الذى كسب من البائع حقاً قام بشهره قبل تسجيل هذه الصحيفة، سواء كان ذلك الغير حسن النية أو سىء النيـة[1] ، الا اذا كان المحكوم له يستطيع أن يطعن فى التصرف المسجل لصالح الغـير قبل تسجيل صحيفة دعواه هو بأنه عقد صورى أو توافرت لديه شروط الدعوى البولصية .

ولذلك نرى أنه لا يصح الأخذ بالمفهوم المخالف للمادة ١٧ فقرة ثانية[2] وأنه يجب الاكتفاء فى شأن حقوق الغير المشهرة قبل شهر صحائف الدعاوى المذكورة بالرجوع الى النصوص والقواعد السارية بالنسبة الى كل منها كما كانت تقضى بذلك المادة ١٢ من قانون التسجيل الملغى .

---

(١) قارن عكس ذلك السنهورى فى الوسيط جـ٤ ص ٤٩١ هامش ١ حيث يقول ان البيع الصادر من البائع الى مشتر آخر اذا سجل قبل تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد ، لم ينفذ مع ذلك فى حق المشترى الأول الذى رفع هذه الدعوى الا اذا كان المشترى الآخر حسن النية ، ذلك أن حق المشترى الأول الذى سجل صحيفة دعوى صحة التعاقد لاتنعدم حجيته الا فى مواجهة الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل تسجيل صحيفة الدعوى (م ٢/١٧ من قانون الشهر) .

(٢) فى هذا المعنى اسماعيل غانم ص ١٤١ .

١٧٩ — التمييز بين دعوى صحة التعاقد وبين دعوى صحة التوقيع — تقدم أن دعوى صحة التعاقد يتناول البحث فيها حصول توافق الارادتين توافقاً حقيقياً وتوافر جميع شروط انعقاد العقد وصحته وانعدام كل سبب من أسباب الفسخ أو الدفع بعدم التنفيذ ثم امكان التنفيذ العينى الجبرى. ويبين من كل ذلك أنها دعوى موضوعية يبحث فيها القاضى موضوع العلاقة التى تربط بين المدعى والمدعى عليه وينتهى من بحثه الى تقرير حقوق لأحد الطرفين أو لكل منهما قبل الآخر. وهى لذلك تعتبر دعوى موضوعية يستحق عليها رسم نسبى أى بنسبة قيمة العقار موضوع الدعوى.

أما دعوى صحة التوقيع فهى دعوى تحفظية شرعت لكى يطمئن من طريقها الشخص الحاصل على محرر عرفى من آخر الى أن ذلك الآخر المنسوب اليه توقيع المحرر المذكور لن ينكر فى المستقبل توقيعه عليه. وهذا بقطع النظر عن موضوع المحرر وعن نوع العلاقة الثابتة به وصحة التصرف المدون فيه أو عدمه. فيقتصر محل البحث فى هذه الدعوى على حصول التوقيع من المدعى عليه أو عدمه دون تعرض لموضوع المحرر، فيمتنع على القاضى فيها أن يتعرض للتصرف المدون فى الورقة من جهة صحته أو بطلانه أو نفاذه أو توقفه وتقرير الحقوق المترتبة عليه[1]. وهى لذلك تعد دعوى تحفظية لا دعوى موضوعية، ولا يستحق عليها رسم نسبى بل رسم ثابت فقط وهو فى الغالب يكون أقل كثيراً من الرسم النسبى، الأمر الذى يجعل كثيرا من المتقاضين يفضلون رفع دعوى صحة التوقيع بدلا من رفع دعوى صحة العقد ونفاذه.

فما هو أثر هذه الدعوى والحكم الذى يصدر فيها، وماذا يترتب على تسجيل صحيفتها؟

(١) نقض مدنى ٢٣ فبراير ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية ٢ — ٥١٢ — ١٦٧.

أما أثر هذه الدعوى فهو أن الحكم الذى يصدر فيها بصحة التوقيع يقوم مقام التصديق على توقيع العاقدين على العقد العرفى ، وهو بالتالى يجعل العقد غير المصدق على توقيعه قابلا للشهر اذا توافرت فيه سائر الشروط الأخرى اللازمة لذلك .

غير أنه يلاحظ أن التسجيل فى هذه الحالة انما يرد على العقد العرفى ذاته ويشمل الحكم بصحة التوقيع باعتباره من الملحقات المؤيدة لهـــذا العقد والمكملة لصلاحيته للشهر . وهذا خلافاً للحال فيما يتعلق بالحكم بصحة العقد ونفاذه حيث يرد التسجيل بصفة أصلية على الحكم ولا يشمل العقـد الا اذا كان الحكم لم يتضمن جميع البيانات اللازمـة للشهر اكتفاء بالاحالة فى شأنها الى العقد .

ويترتب على ذلك أن الحكم بصحة التوقيع لا يفيد صحة العقد المدون فى المحرر الذى حكم بصحة توقيعه ، ولا يمنع الطعن فى هذا العقد بالبطلان أو بقابليته للابطال ولا طلب فسخه[1]، أما الحكم بصحة العقد فانه متى صار نهائياً يمنع من اعادة البحث فى أى شىء من ذلك .

ويترتب على تسجيل الحكم بصحة التوقيع تبعاً لتسجيل المحرر العرفى المثبت للتعاقد نقل ملكية العقار موضوع المحرر من وقت هذا التسجيل كما يترتب ذلك على تسجيل الحكم بصحة العقد ونفاذه[2] . غير أنا قد رأينا أن المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى قد أجازت تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد ورتبت عليه أن الحكم الذى يصدر فى هذه الدعوى يكون له اذا ما تم

---

(١) نقض مدنى ٢٤ مايو ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ — ٨٤٩ — ١٣٦ ، ليب شنب نبذة ٩٠ .

(٢) نقض مدنى ١٧ مارس ١٩٤٩ مجلة التشريع والقضاء ٢ — ٣ — ٣ وقد جاء فيه أن دعوى صحة التوقيع ودعوى صحة التعاقد حكمهما سواء من حيث أثر تسجيل الحكم الصادر فى كل منهما ، واذن فالعقد المحكوم بصحة التوقيع عليه يعتبر من تاريخ تسجيل الحكم بمثابة العقد المسجل .

التأشير به فى هامش تسجيل صحيفتها أثر من تاريخ هذا التسجيل الأخير . أما دعوى صحة التوقيع فقد أشارت المذكرة الايضاحية صراحة الى عدم جواز تسجيل صحيفتها لأنها ليست داخلة فى أى نوع من أنواع الدعاوى التى أجيز تسجيلها . وبناء على ذلك لا يمكن أن يكون لتسجيل المحرر العرفى غير المصدق على توقيعه متى تم بناء على حكم صحة التوقيع أثر يرجع الى ما قبل حصوله[1]،

وقد اطرد قضاء محكمة النقض على ذلك وجاء فى حكم لها بتاريخ ٢١ ابريل ١٩٥٥ « أنه لما كان الغرض من دعوى صحة التوقيع انما هو الحصول على حكم يقوم مقام تصديق الموظف المختص على توقيع البائع أمامه على عقد البيع ، فان هذه الدعوى على خلاف دعوى صحة التعاقد لا يفيد تسجيل صحيفتها شيئا بل لا بد فيها من تسجيل الحكم بصحة توقيع البائع على البيع حتى ينتج التسجيل أثره فى نقل الملكية وحتى يمكن الاحتجاج به من تاريخ هذا التسجيل[2] .

يبين من هذه المقارنة بين دعوى صحة التعاقد وصحة التوقيع أن الأولى أقوى أثراً ، فهى تتناول موضوع التعاقد وتصفى جميع أوجه المنازعة فيه نهائيا ويمكن أن يكون للحكم الذى يصدر فيها أثر رجعى من حيث حماية رافعها ضد الحقوق التى يكسبها الغير على العقار موضوع الدعوى بعد تسجيل صحيفتها . أما دعوى صحة التوقيع فهى دعوى تحفظية لا تبحث فيها المنازعات الموضوعية والحكم الذى يصدر فيها يكون أشبه بالتصديق على التوقيع ، فلا يمكن أن يستند أثره الى الماضى ولو فرض تسجيل صحيفة الدعوى . ولذلك كان الغالب فى العمل أن يلجأ المشترى الى رفع دعوى صحة التعاقد . وألا يلجأ الى دعوى صحة التوقيع (٣).

---

(١) السنهورى فى الوسيط ج٤ ص ٥٠٢ .

(٢) نقض مدنى ٢١ أبريل ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ — ١٠٣٣ — ١٣٤ .

(٣) السنهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٥٠٣ نبذة ٢٧٥ ، لبيب شنب نبذة ٩٠ ، اسماعيل غانم ص ١٣٢ .

١٨٠ – (ثالثا) التنفيذ بمقابل للالتزام بنقل ملكية عقار — تقدم أن الالتزام بنقل ملكية العقار المبيع لا يمكن تنفيذه عيناً الا اذا كان البائع مالكا هذا العقار ولم ينقل ملكيته بعد نشوء ذلك الالتزام الأول الى آخر قام بتسجيل عقده . أما اذا كان البائع غير مالك أصلا أو كان قد نقل الملكية الى آخر ، استحال على المشترى الذى لم يتم تسجيل عقده الحصول على تنفيذ هذا الالتزام عيناً ، ولم يعد له من سبيل لكسب ملكية العقار المبيع اليه ، بل يبقى دائناً شخصياً للبائع ، ولا يكون له الا أن يطالب الأخير بتعويض عن اخلاله بالتزامه بنقل الملكية ، سواء بالاستناد الى القواعد العامة المتعلقة بالتنفيذ بمقابل (المواد ٢١٥ وما بعدها) ، أو الى أحكام ضمان الاستحقاق (المواد ٤٤٣ وما بعدها) ، أو الى أحكام بطلان بيع ملك الغير (المادة ٤٦٨) ، أو الى قواعد الفسخ مع التعويض (المادة ١٥٧) حسب الأحوال .

١٨١ – جواز طعن المشترى الذى لم يسجل عقده بالدعوى البولصية فى عقد المشترى الذى سبق الى تسجيل عقده — ولأن المشترى بعقد غير مسجل يعتبر دائناً عادياً للبائع ، فاذا استحال عليه الحصول على التنفيذ العينى بعد أن سبقه غيره الى تسجيل عقده ، جاز له أن يطعن فى العقد المسجل الصادر الى غيره بالدعوى البولصية اذا توافرت لديه شروطها . وأهمها أن يكون التصرف المراد الطعن فيه تالياً لحق الدائن ومسببا اعسار المدين (البائع) بحيث يصبح مجموع أموال المدين الباقية بعد هذا التصرف غير واف بجميع ديونه الحالة والآجلة[1] .

---

(١) راجع كتابنا فى أحكام الالتزام سنة ١٩٥٧ نبذة ١٦٢ وما بعدها .

وهناك رأى بأنه اذا تركز حق الدائن فى عين مملوكة للمـــدين ، كما فى حالة حق مشترى العقار بعقد غير مسجل ، وتصرف المدين فى ملكية هذه العين الى آخر ، أمكن اعتبار هذا التصرف مسبباً اعسار المدين وضاراً بالدائن ولو كانت لدى المدين أموال أخرى تربو قيمتها على قيمة العين موضوع حق الدائن لأن وجود تلك الأموال الأخرى لا يفى بحق الدائن وفاء عينياً ، وعلى ذلك يجوز للدائن فى مثل هذه الحالة الطعن بالدعوى البولصية فى التصرف الصادر من =

غير أنه يلاحظ على أى حال أن الدعوى البولصية هى دعوى شخصية تعتبر مقدمة للتنفيذ على أموال المدين بمقتضى حق الضمان العام ، فلا يجوز أن يلجأ اليها المشترى بعقد غير مسجل لابطال عقد المشترى الثانى المسجل حتى يتمكن هو بعد ذلك من تسجيل عقده والحصول على ملكية العقار المبيع اليه. وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا ثبت أن الطاعن كان يهدف بطعنه بالدعوى البولصية الى اجراء مفاضلة بين عقده غير المسجل وعقد المطعون عليه المسجل ، فان طعنه يكون غير منتج فى التخلص من آثار عقد المطعون عليه المسجل المطعون فيه بالدعوى البولصية ولو كان هو بوصفه متصرفاً له والمتصرف سيئى النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان الطاعن من الصفقة[1] .

ومؤدى ذلك أن كل مايترتب على الحكم فى الدعوى البولصية بعدم نفاد تصرف البائع فى حق دائنيه هو امكان هؤلاء الدائنين التنفيذ بحقوقهم على العقار موضوع التصرف الذى تقرر عدم نفاذه ، فلا يجوز للمشترى الأول الذى لم يكن قد سجل عقده أن يبادر بعد الحكم المذكور الى تسجيل عقده لنقل ملكية ذلك العقار اليه .

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض فى حكم حديث لها حيث قررت أنه متى تحققت الشرائط المقررة لبطلان التصرف تأسيسا على المادة ١٤٣ من القانون المدنى القديم فان مؤدى ذلك أن تعود ملكية العين المتصرف فيها الى البائع ، ويكون من حق المشترى الذى لم يسجل عقده بوصفه دائنا بالثمن التنفيذ عليها

= مدينه فى العين المذكوره والحصول على حكم بعدم نفاذ هذا التصرف قبله ثم التنفيذ بحقه على هذه العين (انظر فى ذلك كتابنا فى أحكام الالتزام سنة ١٩٦٧ نبذة ١٦١ ، السنهورى فى الوسيط ج ٢ نبذة ٥٨٨ ص ١٠٣٠ ، ج ٤ ص ٥٠٤ ، لوران ج ٢٤ نبذة ١٦ ، بلانيول وريبير واسمان ج ٧ نبذة ٩٣٧ و٩٣٨ ، دى هلتس فى الدعوى البولصية نبذة ٤٨ . قارن عكس ذلك اسماعيل غانم ص ١٤٢) .

(١) نقض مدنى ١١ ديسمبر ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ ــ ١٧٦ ــ ٢٨ .

جبراً استيفاء لدينه ، وليس من شأن هذا التنفيذ أن يعود هذا المشترى الى بعث عقده الابتدائى وطاب الحكم بصحته ونفاذه ، لأن الملكية تكون قد انتقلت بالتسجيل الى المشترى الذى سجل عقده محملة بحق المشترى الذى لم يسجل بوصفه دائنا للبائع ، وليس للدائن فى مقام التنفيذ بدينه أن يطالب بملكية العقار الذى يجرى عليه التنفيذ (١) .

ويلاحظ أن المبدأ الذى قرره هذا الحكم فى ظل نصوص التقنين المدنى القديم التى كانت تعتبر أن الدائن رافع الدعوى البولصية هو وحده الذى يستفيد من الحكم الذى يصدر فيها يكون أولى بالاتباع فى ظل التقنين المدنى الحالى حيث تنص المادة ٢٤٠ منه على أنه متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف اضرارا بهم، ومقتضى ذلك أنه لا يجوز لواحد من هؤلاء الدائنين ـ لمجرد أن حقه الشخصى ثابت فى محرر صالح للشهر ـ أن يستأثر بثمرة الدعوى البولصية عن طريق المبادرة الى تسجيل عقده وكسب ملكية العقار المبيع ، لأنه ليس له على هذا العقار أى حق أكثر من سائر الدائنين الذين تم التصرف المطعون فيه اضراراً بهم(٢) .

---

(١) نقض مدنى ٢ يونيه ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ ـ ١١٨٥ ـ ١٥٨ .

(٢) قارن عكس ذلك السنهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٥٥٥ حيث يقول « وفى الحالة التى نحن بصددها قد تركز حق المشترى الأول فى العقار المبيع ، فيعتبر البائع فى حالة اعسار بالمعنى المقصود فى الدعوى البولصية مادام المشترى لايستطيع أن يصل الى العقار ذاته . ومن حق الدائن أن يطالب ، بدلا من التعويض ، بالتنفيذ العينى . فيطالب المشترى الأول اذن بالتنفيذ العينى وهو تملك العقار ، ويعتبر البائع فى هذا الخصوص معسراً حتى لو كانت عنده أموال كافية تفى بتعويض المشترى الأول عن فوات تملكه العقار . ومن ثم يجوز للمشترى الأول الطعن فى البيع المسجل بالدعوى البولصية ، فيجعله غير نافذ فى حقه ، ويتمكن بذلك من رد العقار الى ملك البائع ، ويتملكه بعد ذلك بتسجيل سنده » .

الفصل الثانى

الالتزام بتسليم المبيع

١٨٢ – *أهمية الالتزام بالتسليم وتقسيم الموضوع* – لا يكفى المشترى أن تنتقل اليه ملكية المبيع ، بل لابد له أيضاً من حيازة المبيع لكى يتمكن من الانتفاع به .

ذلك أن حق الملكية يتضمن الانتفاع ، وهو لا يكون الا من طريق الحيازة مباشرة كانت أو غير مباشرة .

وقد نص التقنين المدنى الحالى فى المادة ٢٠٦ منه على أن الالتزام بنقل حق عينى يتضمن الالتزام بتسليم الشىء والمحافظة عليه حتى التسليم ، ثم طبق ذلك على التزام البائع فنص فى المادة ٤٣١ منه على أن « يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشترى بالحالة التى كان عليها وقت البيع » .

ويلاحظ أن التسليم الذى نص عليه المشرع فى هاتين المادتين هو التسليم الذى يؤدى الى نقل الحيازة من البائع الى المشترى بقطع النظر عن انتقال الملكية أو عدمه ، أى أنه غير التسليم الذى كان ضروريا لنقل الملكية فى القانون الرومانى وفى القانون الفرنسى القديم والذى استعاض عنه فقهاء القانون الفرنسى القديم بالنص فى صلب عقد البيع على حصول التسليم والتسلم clause de desaisine saisine ثم أستغنى عنه المشرع الحديث استغناء تاما بالنص فى المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى وفى المادتين ٩١ و٩٢/١٤٥ و١٤٦ مدنى مصرى قديم وفى المادة ٢٠٤ مدنى على مايفيد أن « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق » (راجع ما تقدم فى نبذة ٩) .

فالالتزام بتسليم المبيع الذى تنص عليه المادة ٤٣١ مدنى هو اذن التزام محله القيام بعمل معين يتم به نقل حيازة المبيع الى المشترى . وتظهر أهمية التسليم بوجه خاص فى أن حصوله يعتبر وفاء للالتزام بالتسليم وطريقا لانقضائه ، فضلا عن أن اجراءه يقتضى فرز محله اذا لم يكن معينا بالذات ، ذلك الفرز اللازم لانتقال ملكية المبيع غير المعين بذاته ، وتظهر أهميته فى القانون المصرى بوجه أخص فى أنه يتوقف عليه انتقال تبعة هلاك المبيع الى المشترى . فيتحمل البائع تبعة الهلاك الى أن يسلم المبيع الى المشترى فتنتقل حينئذ تبعته الى هذا الأخير ، فيكون لتعيين كيفية التسليم وزمانه ومكانه أهمية بالغة لمعرفة ما اذا كان التسليم قد تم وانتقلت معه تبعة الهلاك الى المشترى أم لا .

ويثير ذلك مشاكل كثيرة فى البيوع التجارية التى تفصل فيها بين البائع والمشترى مسافات طويلة ، فيلزم تعيين الوقت والمكان اللذين يعتبر التسليم قد تم فيهما ، ويرجع فى ذلك الى اتفاق الطرفين . وقد بلورت عادات التجارة الدولية نماذج معينة من عقود البيع فى هذا الخصوص . وأهمها النوع المعروف باسم Vente C.I.F ou Vente C.A.F. (وحروف C. I. F. هى اختصار لعبارة Cost, insurance, freight الانجليزية وحروف C .A. F. اختصار لعبارة Coût, assurance, frèt الفرنسية) وفيه يتجه قصد العاقدين الى أن يكون التسليم فى مكان الشحن[1] والى أن يكون للبائع اختيار السفينة التى يتم عليها الشحن وأن يتضمن الثمن نفقات الشحن والتأمين على البضاعة المبيعة طوال مدة سفرها والى حين وصولها ، فيتم فرز المبيع بمجرد شحنه وتنتقل ملكيته من ذلك الوقت الى المشترى وكذلك تبعة هلاكه فى الطريق ويكون التأمين لصالح المشترى . وهناك نموذج آخر هو المعروف بالبيع

---

(١) نقض مدنى ١٠ ديسمبر ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠–٧٨٣–١١٧ .

F.O.B. (وهى اختصار للعبارة الفرنسية Franco à bord والعبارة الانجليزية Free at board) وفيه يتحمل المشترى تبعة الهلاك أو التلف من يوم الشحن أيضا(١) ولكن يكون له اختيار السفينة التى يتم عليها الشحن فى حين أن هذا الاختيار يكون فى النوع السابق متروكا للبائع . وتكون نفقات الشحن والتأمين على عاتق المشترى ، أى أن هذه النفقات يجب أن يتحملها المشترى فوق الثمن المسمى فى العقد خلافا للحالة السابقة حيث يكون الثمن المسمى شاملا تلك النفقات . والى جانب هاتين الصورتين توجد صور أخرى يتحمل فيها البائع تبعة الهلاك ولا يعتبر المشترى أنه تسلم البضاعة قانونا الا فى ميناء الوصول delivery franco domicile of the buyer ومنها الصورة المعروفة بالبيع فى مكان الوصول vente à l'arrivée أو vente par navire désigné (٢).

وفيما يلى سنعالج المسائل المتعلقة بالالتزام بالتسليم على الترتيب الآتى :

(١) تعريف التسليم .
(٢) طريقة التسليم : التسليم القانونى والتسليم الحكمى .
(٣) محل الالتزام بالتسليم :

(أ) المبيع ذاته (الحالة التى يجب تسليمه عليها والقدر واجب التسليم ومايحدث فيه من نقص أو زيادة).

(ب) ملحقات المبيع .

---

(١) انظر نقض مدنى ١٣ نوفمبر ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ــ٦٩٩ــ٩٠ .

(٢) انظر فى ذلك محسن شفيق فى الوسيط فى القانون التجارى المصرى جـ٢ ط ٢ سنة ١٩٥٥ نبذة ٣٦ ص ٣٨ ؛ امام (فى كتابه المشترك معنا) فى البيع نبذة ١٥١ ؛ كاهن Kahn فى البيع التجارى الدولى ، باريس سيرى ١٩٦١ ص ١٦٧ ؛ شميتهوف Gl. Schmitthoff فى تجارة الصادرات The Exportrade لندن ١٩٦٢ ص ٦٨ ، وانظر أيضا الاسكندرية الجزئية ٢ يونيه ١٩٥٣ مجلة التشريع والقضاء ٦ــ٢٣٢ــ٥٧ .

(٤) الوقت الذى يجب فيه التسليم : حق البائع فى الامتناع عن التسليم أو حق حبس المبيع .

(٥) مكان التسليم .

(٦) نفقات التسليم .

(٧) هلاك المبيع وجزاء الاخلال بالالتزام بالتسليم .

١٨٣ — (أ) *تعريف التسليم* — كان التقنين المدنى الملغى يعرف تسليم المبيع فى المادة ٢٧١/٣٤٢ منه بأنه عبارة عن وضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يمكنه وضع يده عليه والانتفاع منه بدون مانع . ويحصل وفاء الالتزام بالتسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى وعلمه بذلك ولو لم يتسلمه بالفعل.

وقد أخذ التقنين الحالى بهذا التعريف ذاته بعد ضبط ألفاظه وإحكام صياغته ، فنص فى المادة ٤٣٥ فقرة أولى منه على أن (يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً مادام البائع قد أعلمه بذلك . . . » .

ويؤخذ من هذا التعريف أن تسليم المبيع يتكون من عنصرين :

(أ) وضع المبيع تحت تصرف المشترى وضعاً يتمكن معه من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يحزه بالفعل .

(ب) اعلام المشترى بهذا الوضع .

وقد اكتفى فى هذا التعريف بوضع المبيع تحت تصرف المشترى ولو لم يحزه بالفعل ، لأن حيازة المشترى للمبيع أمر يتم بارادة المشترى وحده متى وضع المبيع تحت تصرفه ، فلا دخل فيها للبائع بل هى محل التزام يقع على

المشترى بمجرد وضع المبيع تحت تصرفه اذ يجب عليه حينئذ أن يتسلمه .

ولم يكتف القانون بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بل اشترط اعلامه بذلك منعاً للبس الذى يمكن أن يقوم فيما لو ادعى البائع أنه وضع المبيع تحت تصرف المشترى وادعى الأخير أن الوضع الذى اتخذه البائع لا يفهم منه أنه جعل الشيء تحت تصرف المشترى . فاشترط المشرع أن يقوم البائع باعلام المشترى بوضع المبيع تحت تصرفه .

ولم يشترط القانون فى هذا الاعلام أى شكل خاص أو حصوله بأى طريق معين ، فيجوز حصوله شفوياً أو كتابة ، ويجوز أن يكون صراحة أو دلالة ، ويكون اثباته وفقاً للقواعد العامة .

١٨٤ — (٢) طريقة التسليم — نصت المادة ٤٣٥ فى نهاية الفقرة الأولى منها على أن « يحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشيء المبيع » (وهى تقابل المادة ٢٧٢ / ٣٤٣ مدنى قديم) .

والمقصود بذلك أن التسليم ، وهو كما عرفه المشرع وضع المبيع تحت تصرف المشترى . . . ، لابد فيه من علامة مادية ظاهرة تدل عليه ، وأن هذه العلامة المادية تختلف باختلاف طبيعة المبيع . فطريقة وضع العقار المبيع تحت تصرف المشترى تختلف عن طريقة وضع المنقول المبيع تحت تصرفه ، وهذه تختلف عن طريقة وضع الحقوق الشخصية تحت تصرف مشتريها .

وكان التقنين الملغى أيضاً ينص على أن « يكون تسليم الأشياء المبيعة بحسب جنسها » (المادة ٢٧٢) ، ولكنه لم يكتف بذلك ، بل عرض لبيان طريقة تسليم أنواع معينة من المبيعات فى المادتين ٢٧٢ / ٣٤٣ و ٢٧٣ / ٣٤٤ .

وإذا كان التقنين المدنى الحالى قد اكتفى بالنص فى المادة ٤٣٥ منه على أن يحصل التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشيء المبيع ، ولم يورد مايقابل نص المادتين ٢٧٢/٣٤٣ و ٢٧٣/٣٤٤ ، فما ذلك الا لأنه رأى فى أحكام هاتين

المادتين تطبيقات وتفصيلات للمبدأ الذى قرره يحسن تركها لفطنة القاضى . وبناء على ذلك لامانع من أن يستأنس القاضى بأحكام هاتين المادتين من التقنين الملغى للتعرف على طريقة التسليم التى تقتضيها طبيعة المبيع .

والمبيع اما أن يكون مالا مادياً عقاراً أو منقولا ، واما أن يكون مالا معنوياً أى حقاً مالياً غير حق الملكية .

فاذا كان عقاراً مادياً فان تسليمه يجوز أن يكون بتسليم مفاتيحه ان كان من المبانى ، وبتسليم حججه إن كان من غير المبانى ، على أن لايكون ثمة مايحول دون وضع يد المشترى عليه (المادة ٢٧٢ فقرة أولى مدنى قديم) . فاذا كان مدخل البناء مثلا مغلقاً ومختوماً بالشمع الأحمر بأمر سلطة مختصة ، فان تسليم مفاتيحه لايعتبر تسليما له[1] .

واذا كان المبيع منقولا مادياً فيكون تسليمه بالمناولة من يد الى يد أو بتسليم مفاتيح المخزن الموضوع فيه ذلك المنقول (المادة ٢٧٢/٣٤٣ فقرة ثانية مدنى قديم) .

واذا كان حقاً مالياً غير حق الملكية ، سواء كان حقاً عينياً كالانتفاع أو الارتفاق ، أو حقاً ذهنياً كحق تأليف كتاب معين ، فيكون تسليمه بتسليم سنداته ان كانت له سندات منشئة أو مثبتة لوجوده كالسند المنشىء حق الانتفاع وسند الدين وبراءة الاختراع ، والا فبترخيص البائع للمشترى بالانتفاع بالحق المبيع ان لم يوجد مايمنع هذا الانتفاع ، كما فى بيع حق ارتفاق أو بيع حق المؤلف فى اعادة طبع كتاب معين الخ .(المادة ٢٧٣/٣٤٤ مدنى قديم) .

على أن المرجع الأصلى فى تعيين طريقة التسليم انما هو ارادة المتعاقدين،

---

(١) فى هذا المعنى نقض مدنى ٢٥ يونيه ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠-٤٩٩-٧٦ .

فاذا نصا فى العقد على طريقة معينة وجب اتباعها ، والا وجب على البائع أن يسلك الطريقة التى تتفق مع طبيعة المبيع ، وكان للقاضى حق الرقابة على ملاءمة الطريقة التى اختارها البائع لطبيعة المبيع .

وقد نصت المادة ٤٣٦ مدنى على أنه « اذا وجب تصدير المبيع للمشترى فلا يتم التسليم الا اذا وصل اليه ، مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك ».

١٨٥ — **التسليم القانونى والتسليم الحكمى** — تقدم أن القانون عرف التسليم بأنه وضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول هذا عليه استيلاء مادياً . وظاهر أن هذا تعريف للتسليم بمعناه القانونى ، وأن هذا التسليم لا يحتاج الى التسليم الفعلى أى الى استيلاء المشترى استيلاء مادياً على المبيع . فبمجرد وضع البائع المال المبيع تحت تصرف المشترى واعلامه بذلك يعتبر أنه قد وفى بالتزامه بتسليم المبيع ولا يجوز للمشترى أن يطالبه بتنفيذ هذا الالتزام استناداً الى أنه هو لم يتسلم المبيع ، ولا أن يرتب على ذلك اعتبار البائع مخلا بالتزامه اخلالا يبرر طلب فسخ العقد أو الدفع بعدم التنفيذ . ومن باب أولى يكون الأمر كذلك اذا قام البائع بعرض المبيع على المشترى عرضا حقيقيا[1] ، ولو لم يقبله المشترى ما دام ليس لعدم قبوله سند قانونى . ولكن لا يعتبر وضعا للمبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته دون عائق مجرد عرض البائع استعداده لتسليم المبيع على أن يوقع المشترى العقد النهائى لأن هذا العرض لا يتيح للمشترى حيازة المبيع دون عائق طالما أن البائع قد علق التسليم على شرط توقيع المشترى العقد النهائى[2].

---

(١) أنظر نقض مدنى ١٣ مارس ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩—٢٠٤—٣٦ .

(٢) نقض مدنى ٨ نوفبر ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣—٣—٩٩٢ وقد جاء فيه «متى كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بفسخ عقد البيع على أساس أن البائع لم يوف =

ويعتبر أيضاً من قبيل التسليم القانونى فى هذا المعنى اعذار المشترى لتسلم المبيع ، فقد نصت المادة ٤٣٧ مدنى على أنه « اذاهلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن الا اذا كان الهلاك بعد اعذار المشترى لتسلم المبيع »، ومعنى ذلك أن مجرد اعذار المشترى لتسلم المبيع يعدل وضع المبيع تحت تصرفه ويترتب عليه ما يترتب على التسليم القانونى من نقل تبعة الهلاك الى المشترى .

أما اعذار المشترى فيكون بانذاره أو بما يقوم مقام الانذار ، كما يجوز أن يكون مترتباً على وجود اتفاق فى عقد البيع يقضى بأن يكون المشترى معذراً بمجرد حلول الأجل المعين للتسليم دون حاجة الى أى اجراء آخر (المادة ٢١٩ مدنى) ، فاذا لم يكن للتسليم أجل كان مستحقاً فور العقد واعتبر المشترى بموجب هذا الاتفاق معذراً لتسلم المبيع من وقت العقد ، أى أنه فى هذه الحالة الأخيرة يعتبر التزام البائع بالتسليم قد تم تنفيذه بمجرد نشوئه أى بمجرد انعقاد العقد كما يتم تنفيذ الالتزام بنقل ملكية المبيع اذا كان منقولا قيمياً مملوكاً للبائع . ويترتب على اعذار المشترى ما يترتب على التسليم القانونى من نقل تبعة الهلاك ومن عدم اجازة طلب الفسخ والدفع بعدم التنفيذ .

وقد رأى المشرع امكان الاستعاضة عن التسليم القانونى بتسليم حكمى يقوم مقامه ، فنصت المادة ٢٧٢/٣٤٣ فقرة ثالثة مدنى قديم على أنه يجوز

= التزاماته المترتبة على العقد — حتى وقت الحكم النهائى فى الدعوى وكان مجرد عرض البائع استعداده لتسليم العين المبيعة على أن يوقع المشترى على عقد البيع النهائى لا يعد عرضا حقيقياً يقوم مقام الوفاء بالالتزام لأن البائع لم يتبع استعداده للتسليم بطلب تعيين حارس لحفظ العين المبيعة طبقاً لما توجبه المادتان ٣٣٩ من القانون المدنى ، ٧٩٢ من قانون المرافعات فان الحكم لا يكون قد خالف القانون » .

حصول التسليم بمجرد ارادة المتعاقدين اذا كان المبيع موجوداً تحت يد المشترى قبل البيع لسبب آخر ، ومعنى ذلك أنه اذا كان المبيع موجوداً من قبل البيع فى حيازة المشترى الفعلية على سبيل الاجارة أو الوديعة أو العارية ، فانه يكفى اتفاق الطرفين على انهاء الاجارة أو الوديعة أو العارية وعلى اعتبار حيازة المشترى حاصلة من وقت البيع بسبب تملكه المبيع ، فيقوم هذا الاتفاق فى ذاته مقام التسليم القانونى .

وقد فات التقنين الملغى أن ينص على حالة أخرى مشابهة لهذه الحالة تقع فى الفرض العكسى ، وهو الفرض الذى يكون فيه المبيع فى حيازة بائعه فيتفق العاقدان فى عقد البيع على بقائه فى حيازة البائع ولكن لا على اعتباره مالكا له بل على سبيل الاجارة أو الوديعة أو العارية ، فتتحول بذلك صفة حيازة البائع ويقوم ذلك مقام التسليم القانونى .

وقد نص التقنين المدنى الحالى على الحالتين معاً فى نص واحد، اذ أجاز فى المادة ٤٣٥ فقرة ثانية منه « أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين اذا كان المبيع فى حيازة المشترى قبل البيع ، أو كان البائع قد استبقى المبيع فى حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية » . وهذا النص ليس الا تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة فى باب الحيازة حيث تنص المادة ٩٥٣ مدنى على أنه « يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادى اذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه فى الحيازة أو استمر الخلف واضعاً يده ولكن لحساب نفسه[1] » ، ويخلص من ذلك أن التسليم الحكمى يكون بالاتفاق على تغيير سند الحيازة .

---

(١) وفى الفقه الاسلامى أن القبض نوعان : قبض ضمان وقبض أمانة . أما قبض الضمان فهو الذى يكون فيه القابض ضامنا لما قبضه فيما لو هلك عنده ولو بآفة سماوية كالمغصوب فى يد الغاصب أو المبيع فى يد المشترى . أما قبض الأمانة فهو الذى لا يكون فيه القابض ضامنا لما قبضه الا فى حالة التعدى أو التقصير فى الحفظ كالعارية فى يد المستعير أو المأجور فى يد المستأجر .

على أن هذا النوع من التسليم، لأنه فى حالة الاكتفاء بتغيير سند حيازة البائع لا يكون له أى مظهر خارجى مس شأنه اعلام الغير بحصول التسليم، لا يفيد فى التمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية، ولذلك اذا اتفق البائع والمشترى على أن يبقى المبيع المنقول فى حيازة البائع على سبيل الوديعة أو العارية، ثم باع البائع هذا المنقول الى شخص آخر وسلمه اليه تسليماً فعلياً فان المشترى الأول لا يجوز له أن يتمسك بحصول التسليم الحكمى اليه، بل يكون للمشترى الثانى أن يتمسك قبل الأول بحصول التسليم الفعلى اليه، ويعتبر هو لا المشترى الأول مالك ذلك المنقول .

ولهذا السبب ذاته فانه فى حالة البيع بالعينة لا يبيح التسليم القانونى أو التسليم الحكمى للمشترى التحقق من مطابقة المبيع للعينة، فلا مناص من تأخر ذلك الى حين التسليم الفعلى الذى يلى التسليم القانونى أو الحكمى، فيعتبر هذا التسليم الأخير مقترنا بشرط فاسخ هو ظهور عدم مطابقة المبيع للعينة عند التسليم الفعلى . وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه وان كان البيع

= وهذان النوعان ليسا على درجة واحدة من القوة، فالأول منهما وهو قبض الضمان أقوى من الثانى . والقاعدة أن القبض الأقوى السابق ينوب محل قبض ضعيف أو قوى لاحق . أما القبض الضعيف السابق فلا ينوب الا محل قبض ضعيف لاحق .

وقد نصت المادة ٣٤٥ من مرشد الحيران على أنه « اذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشترى قبل البيع بغصب أو بعقد فاسد، فاشتراها من المالك ينوب القبض الأول عن الثانى .

واذا كان المبيع فى يد المشترى عارية أو وديعة أو رهنا، فلا يصير قابضا بمجرد العقد الا أن يكون المبيع بحضرته أو يذهب اليه حتى يتمكن من قبضه » .

وقد أغفل القانون العراقى فى المادة ٥٣٩ الأخذ بهذه التفرقة بين نوعى الضمان فاعتبرها على قدم المساواة حيث نص على أنه اذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشترى قبل البيع فاشتراها من المالك فلا حاجة الى قبض جديد سواء كانت يد المشترى قبل البيع يد ضمان أو يد أمانة » (انظر وحيد الدين سوار فى التعبير عن الارادة، فى الفقه الاسلامى، رسالة من جامعة القاهرة سنة ١٩٦٠ ص ١٦ و١٧) .

F. O B. يتضمن أن يتم التسليم فى ميناء الشحن بشحن البضاعة الا أن هـذا التسليم المادى الذى يحصل فى ميناء الشحن لا يتعارض مع حق المشترى فى التحقق من مطابقة البضاعة المبيعة للعينة المتفق عليها بينه وبين البائع عقب وصول البضاعة الى ميناء الوصول[1] .

١٨٦ — (٣) *محل الالتزام بالتسليم* — يلتزم البائع بتسليم المبيع وملحقاته ، فيجب أن نعين الحال التى يجب تسليم المبيع عليها وأن نبين حكم ما يطرأ على مقداره من نقص أو زيادة وأن نحدد مايعتبر من ملحقاته واجبة التسليم معه .

١٨٧ — (١) *المبيع ذاته : الحال التى يجب تسليمه عليها* — يلتزم البائع بتسليم المبيع بالحالة والأوصاف التى تم الاتفاق عليها .

فاذا لم ينص الاتفاق على الحاله التى يجب تسليم المبيع عليها وجب اتباع القواعد الآتية :

اذا كان المبيع قيمياً ، وجب تسليمه بالحالة التى كان عليها وقت البيع (المادة ٤٣١ مدنى) ، ذلك أن من شروط انعقاد البيع تعيين المبيع فى العقد ، فاذا كان المبيع قيمياً فان تعيينه يكون بصفاته وحالته التى هو عليها وقت العقد ما لم يتفق العاقدان على ادخال تعديلات عليه قبل تسليمه[2] . وما دام البائع قد التزم وقت العقد بتسليم المبيع الذى عين بهذه الصفات وتلك الحالة ، فان التزامه بتسليمه يفرض عليه واجب المحافظة عليه بالحالة التى كان عليها وقت نشوء هذا الالتزام الى أن يتم التسليم (المادة ٢٠٦ مدنى). ويتعين مدى هذا الواجب بمعيار الرجل العادى وفقاً للمادة ٢١١ مدنى ، ويخلص البائع

(١) نقض مدنى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩—٦٩٩ — ٩٠ .
(٢) السنهورى فى الوسيط جـ٤ نبذة ٢٩٤ .

من هذا الالتزام متى أثبت أنه بذل فى المحافظة على المبيع عناية الرجل العادى. فاذا كان المبيع قد هلك رغم ذلك، تحمل البائع تبعة هلاكه اذا وقع فى الفترة ما بين العقد والتسليم ما لم يثبت أن الهلاك أو التلف راجع الى خطأ المشترى (انظر المادتين ٤٣٧ و ٤٣٨ مدنى) .

واذا كان المبيع مثلياً ، فاما أن يكون البيع قد تم على أساس عينة ، واما أن يكون تم بغير ذلك .

وقد نصت المادة ٤٢٠ مدنى على أنه « اذا كان البيع بالعينة وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها . واذا تلفت العينة أو هلكت فى يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ ، كان على هذا المتعاقد بائعاً أو مشترياً أن يثبت أن الشىء مطابق للعينة أو غير مطابق » .

فاذا كانت العينة موجودة وقت تسليم المبيع ، وجب أن يكون محل التسليم مطابقاً لها ، والا جاز للمشترى أن يرفض تسلم المبيع ، وحق له أن يفسخ البيع لعدم قيام البائع بالتزامه[1] . ويدخل تقدير مطابقة المبيع للعينة فى سلطة

---

(١) نقض مدنى ١٥ أكتوبر ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ـ٥٦٧ـ٨٦ وقد جاء فيه أن المادة ٤٢٠ من التقنين المدنى تنص على أنه « اذا كان البيع بالعينة وجب أن يكون المبيع مطابقا لها » ومؤدى ذلك أن يقع على عاتق البائع الالتزام بتسليم شىء مطابق للعينة المتفق عليها ، فاذا لم يف بهذا الالتزام لم يكن له أن يطالب المشترى بأداء المقابل وهو الثمن ، وأن المادة ٣٤ من القرار الوزارى رقم ٨١ لسنة ١٩٤٢ الخاص بتنظيم التعامل بالجملة فى سوق البصل بالاسكندرية تنص على أن « تحصل المزايدة فى كل رسالة بالمكان الذى توجد فيه على أساس العينات التى تستخرج طبقا لأحكام هذا القرار » ، ولا يتأدى من ذلك النص أن المبيع وقد أصبح معلوما للمشترى بمعاينته اياه فانه يمتنع عليه بعد ذلك ادعاء أن البيع كان بيعا « بالعينة » ذلك أنه وان كان المشترى يعتبر عالما بالمبيع علما كافيا باطلاعه على العينة الا أنه يتحتم مطابقة محتويات الرسالة أو الرسائل للعينات المستخرجة منها . فاذا تبين عدم مطابقتها لها كان المشترى فى حل من الوفاء بالتزامه بالثمن (راجع أيضا ما تقدم فى نبذة ٧٨) .

قاضى الموضوع المطلقة[١] » .

على أنه اذا أبرز العينة من أودعت عنده وأنكرها الطرف الآخر، تعين قبل البحث فى مطابقة محل التسلم لها ، اثبات ذاتيتها ، ويكون ذلك خاضعا للقواعد العامة فى الاثبات . ويجوز أن يتخذ القاضى من اتفاق العاقدين على ايداع العينة عند أحدهما قرينة قضائية على صدق من يبرز العينة اذا ثبت أنه هو الذى أودعت عنده أى أنه هو الذى اؤتمن على حفظها[٢] .

أما اذا تلفت العينة أو هلكت . فاما أن يقع ذلك فى يد المشترى وهو الغالب ، واما أن يقع فى يد البائع .

فان كانت الأولى وادعى المشترى أن المبيع غير مطابق للعينة ، وجب عليه اثبات ذلك ، سواء أكان تلف العينة أو هلاكها فى يده راجعاً الى خطئه ، أم كان راجعاً الى سبب أجنبى عنه ، لأن ايداع العينة عنده يلقى عليه عبء ابرازها لمطابقة المبيع عليها عند التسليم ، فان عجز عن ذلك ولو كان عجزه راجعاً الى سبب أجنبى، فليس له أن يلقى على البائع عبء اثبات مطابقة محل التسليم للعينة ، ويكون له أن يثبت عدم المطابقة بجميع الطرق بما فى ذلك البينة .

وان كانت الثانية وادعى المشترى أن المبيع غير مطابق للعينة ، وجب على البائع أن يثبت المطابقة ولو كان هلاك العينة أو تلفها دون خطأ منه .

---

(١) نقض مدنى ١٢ نوفبر ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ – ٦٥٩ – ٩٩ وقد جاء فيه أنه اذا كانت محكمة الموضوع قد قامت بفحص العينة وأجرت مقارنة بينها وبين البضاعة المبيعة فأسفر بحثها عن مطابقة البضاعة للعينة فى خصائصها التى رأت أن المتعاقدين قصدا ها ، فليس فى استظهارها فى هذا المقام وجود اختلاف طفيف بين العينة والبضاعة ماينفى المطابقة طالما أنها قد انتهت بما لها من سلطة التقدير فى هذا الصدد الى عدم الاعتداد بهذه الفروق باعتبارها فروقا لايؤبه لها ولا يؤثر وجودها على اعتبار البضاعة مطابقة للعينة .

(٢) قارن المادة ٢٢٢ سويسرى وأنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى الحالى جـ ٤ ص ٢٣ .

اذ أن ايداع العينة عنده يلقى عليه هو عبء اثبات مطابقة المبيع لها .

أما اذا كان بيع المثليات دون عينة، فالواجب على البائع أن يسلم القدر المتفق عليه من صنف متوسط وفقا للمادة ١٣٣ مدنى ، لا من صنف جيد حتى لا يغبن البائع ، ولا من صنف رديء حتى لا يغبن المشترى(١) .

واذا تم التسليم دون تحفظ من جانب المشترى ، اعتبر أن المبيع حصل تسليمه بالحالة الواجبة (٢) .

واذا اعترض المشترى وقت التسليم بأن المبيع ليس بالحالة الواجبة . كان على البائع عبء اثبات أن المبيع لم تتغير حاله عما كان عليه وقت البيع ان كان قيميا ، أو أنه من الصنف المتفق عليه أو من صنف متوسط أو مطابق للعينة ان كان من المثليات لأنه باعتباره مدينا بالالتزام بالتسليم يقع عليه عبء اثبات براءته من هذا الالتزام .

فاذا عجز البائع عن اثبات ذلك ، أو ثبت أن المبيع ليس عند التسليم بالحالة الواجبة وتضرر المشترى من ذلك. كان البائع مسئولا عن اختلاف حالة المبيع مالم يثبت أن هذا الاختلاف راجع الى سبب اجنبي عنه كالقوة القاهرة أو خطأ المشترى نفسه. فان كان ذلك السبب الأجنبي خطأ شخص آخر مسئول كالمشترى مثلا ، برئت ذمة البائع وتحمل ذلك الشخص نتيجة التغيير الضار بحالة المبيع والا اعتبر هذا التغيير الضار من قبيل الهلاك الجزئي الذى يقع قضاء وقدرا . وكانت تبعته على البائع طالما أنه قد حدث قبل التسليم وذلك طبقا للقاعدة المقررة فى القانون المصرى من أن الهلاك

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ٤ نبذة ٢٩٤ ص ٥٦١ .

(٢) السنهورى فى الموضع السابق هامش ٢ ، وأيضاً نبذة ٢٩٥ .

على المدين قبل التسليم(١) .

وان كان التغيير نافعا ، فزيادة القيمة من حق المشترى طالما أنها ليست راجعة الى فعل البائع نفسه . أما ان كانت راجعة الى فعله فيطبق عليها حكم البناء فى ملك الغير بسوء نية ، لأن البائع بعد أن باع يكون عالما أنه يبنى فى مال تعهد بنقل ملكيته الى المشترى(٢) .

١٨٨ — القدر واجب التسليم ـ اذا عين فى العقد مقدار المبيع ، وجب على البائع أن يسلم المبيع بمقداره أو بوزنه أو مقاسه المبين له فى العقد (المادة ٢٩٠ / ٣٦٣ مدنى قديم) .

---

(١) قارن السنهورى فى الوسيط جـ٤ ص ٥٦٣ حيث يقول « واذا كان التغيير الضار بالمشترى قد وقع بقوة قاهرة أو بحادث فجائى ، لم يزل البائع هو المسئول عنه على النحو الذى قدمناه ، لأن التزامه بتسليم المبيع فى الحالة التى كان عليها وقت البيع هو التزام بتحقيق غاية كما سبق القول ، ويعتبر مخلا بهذا الالتزام اذا لم يسلمه بهذه الحالة ولو حال دون ذلك سبب أجنبى » . ويلاحظ على قوله أن البائع يظل مسئولا عن التغيير الضار الذى يحدث بقوة قاهرة استناداً الى أن التزامه التزام بتحقيق غاية أنه لا يتفق مع المبادىء المسلمة من أن المدين لا يسأل عن عدم الوفاء الراجع الى سبب أجنبى عنه (المادة ٢١٥ مدنى) ، وذلك سواء كان التزامه بتحقيق غاية أو ببذل عناية ، لأنه اذا كان عدم تحقق الغاية يمثل خطأ عقديا ثابتا ، فان ثبوت حدوث ذلك بقوة قاهرة يجعل هذه القوة القاهرة هى السبب فى عدم الوفاء الضار بالمدين وبالتالى ينفى علاقة السببية اللازم توافرها لمساءلة المدين عن عدم الوفاء (رسالتنا فى نظرية دفع المسئولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ٩٣ و ٩٦ وقد أشار اليها فى هذا الخصوص الأستاذ السنهورى نفسه فى الوسيط جـ ١ ط ٢ هامش ٢ من ص ٧٣٩ واعتمد الرأى الذى نقول به وأيدنا فيه فى خلافنا بهذا الشأن مع الأستاذين هنرى وليون مازو) .

وقد جرى قضاء محكمة النقض بما يؤيد رأينا حيث قررت أن أمين نقل الركاب يلتزم بضمان سلامة الراكب بمعنى أن يكون ملتزما بضمان توصيله الى الجهة المتفق عليها سليما وهو التزام بتحقيق غاية . ولا ترتفع مسئولية الناقل عن اصابة الراكب فى أثناء النقل الا اذا أثبت أن الضرر الحاصل للراكب قد نشأ عن قوة قاهرة أو عن خطأ من المضرور أو عن خطأ من الغير (نقض مدنى ٢٦ أبريل ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ — ٥٢٢ — ٧٩ ، وأيضا ٢٧ يناير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ — ١٩٩ — ٢٦) .

(٢) راجع هذه الأحكام فى كتابنا فى عقد الايجار طبعة سنة ١٩٦٨ نبذة ٢٢٥ و ٢٢٥ مكررات ص ٤٧٧ وما بعدها

فاذا ظهر فى المبيع عند تسليمه عجز أو زيادة ، وجب الرجوع فى حكمه الى قصد العاقدين بشأنه وقت العقد ان أمكن تبينه ، والا فالى الأحكام المقررة التى وضعها المشرع فى هذا الشأن . وقد كان التقنين الملغى يتضمن أحكاماً مفصلة فى هــذا الموضوع ، أما التقنين الحالى فقد اجتزأ منها ببعضها .

١٨٩ — فى التقنين الملغى — كان التقنين الملغى يخص هذا الموضوع بخمس مواد (٢٩٠ - ٢٩٥ / ٣٦٣ - ٣٦٩) ويفرق فى بيع الأشياء التى يقوم بعضها مقام بعض بين ما لا يضره التبعيض (المادة ٢٩١ / ٣٦٤ و ٣٦٥) وما يضره (المادة ٢٩٢ / ٣٦٦)[1] .

(ا) فاذا كان المبيع مما لا يضره التبعيض كما فى بيع الأرض الزراعية أو قطعة قماش معينة ، فان تحديد ثمنه اما أن يكون بسعر الوحدة ، واما أن يكون جملة .

ففى الحالة الأولى اذا وجدت بالمبيع عند تسليمه زيادة عن القدر المعين فى العقد ، فهى للبائع وليس له أن يجبر المشترى على أخذها بما يقابلها من زيادة فى الثمن ، وليس للمشترى أن يجبر البائع على تركها له بثمنها . واذا ظهر بالمبيع عجز ، كان للمشترى الخيار بين فسخ البيع أو ابقائه مع نقص الثمن بمقدار العجز (المادة ٢٩١ / ٣٦٤ و ٣٦٥) .

أما الحالة الثانية فلم يرد فى شأنها نص ، وكان الراجح أنه لا يترتب فيها أثر على وجود عجز أو زيادة فى المبيع عن القدر الذى عين فى العقد لأن

---

(١) ويؤخذ من مجموع هذه النصوص أن المقصود بها الأشياء المثلية اذا عينت بظروف من الزمان والمكان تجعلها معينة بالذات حيث يقول النص الفرنسى للمادة ٢٩١ :
« Dans la vente en bloc des choses qui peuvent se remplacer ... »

تعيين الثمن جملة يرجح أن ذكر القدر في العقد لم يكن الا على وجه التقريب وأنه من قبيل الوصف الذى لا يقابله شيء من الثمن .

(ب) أما اذا كان المبيع مما يضره التبعيض كقطعة أرض لاقامة بناء ، فان كان ثمنه محدداً بسعر الوحدة، ووجد فيه عجز أو زيادة ، كان للمشترى الخيار بين فسخ العقد أو أخذ المبيع دون تبعيضه بما يقابله من الثمن على أساس سعر الوحدة (المادة ٢٩٢ / ٣٦٦ فقرة أولى) .

وان كان الثمن قد حدد جملة ، وظهر بالمبيع عجز أو زيادة ، كان للمشترى الخيار بين فسخ العقد أو ابقائه بالثمن المسمى، دون نقص أوزيادة بنسبة العجز أو الزيادة فى المبيع (المادة ٢٩٢ / ٣٦٦ فقرة ثانية) .

وفى جميع الأحوال التى يثبت فيها للمشترى خيار الفسخ ، لا يجوز له أن يختاره الا اذا كانت قيمة العجز أو الزيادة تجاوز ١ / ٢٠ من الثمن المسمى (المادة ٢٩٣/٣٦٧) .

وقد نصت المادة ٢٩٦ / ٣٧٠ على أن يسقط حق المشترى فى الفسخ ، وكذلك حقه فى طلب نقص الثمن وحق البائع فى طلب زيادة الثمن بانقضاء سنة من تاريخ العقد . غير أن المحاكم قضت بأنه اذا لم يكن محدداً للتسليم أجل تال للعقد أو تأخر التسليم بالفعل عن تاريخ العقد ، فتبدأ مدة السنة من تاريخ التسليم[1]. وقد حكم بأنه اذا اتفق الطرفان على أن يحتجز المشترى جزءاً من الثمن الى حين التحقق من أن ما سلم اليه لا ينقص عن القدر المتفق عليه فان ميعاد السنة الذى يسقط به حقه فى طلب نقص الثمن بسبب العجز لا يسرى الا من تاريخ حصول الاجراء الذى يتم به التحقق من ذلك[2] ، وبأنه اذا عين ميعاد فى العقد لمقاس المبيع قبل التسليم ، فان مدة السنة تبدأ

---

(١) المحلة الكبرى الجزئية ٢٨ يناير ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ — ١٢٤٣ — ٥٢٠ ، وأيضا استئناف مصر ٢٥ ديسمبر ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ — ٣٠٧ — ١١٧ ، ٢٥ نوفمبر ١٩٣١ المحاماة ١٢ — ٦١٩ — ٣١٤ .

(٢) استئناف مصر ٢٥ ديسمبر ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ — ٣٠٧ — ١١٧ .

من التاريخ الذى أجرى فيه المقاس بغض النظر عن التاريخ الذى حصل فيه التسليم[1].

وقد ترددت المحاكم فى تكييف مدة السنة التى تسقط بها هذه الدعاوى فقضت بعضها بأنها تعتبر مدة سقوط لا مدة تقادم[2]، ولكن الكثرة اعتبرتها مدة تقادم.

١٩٠ — فى التقنين المدنى الحالى — استعاض التقنين الحالى عن خمس المواد التى خصصها التقنين الملغى لهذا الموضوع بمادة واحدة هى المادة ٤٣٣ مدنى ونص فيها على ما يأتى :

« ١ — اذا عين فى العقد مقدار المبيع[3] كان البائع مسئولا عن نقص هذا

---

(١) استئناف مختلط ٦ مايو ١٩١٥ (٢٧ص٣١٦).

(٢) استئناف مصر ١٦ أبريل ١٩٣٠ المحاماة ١٠–٨٦٠–٤٣٦ ، ولكنها قضت بأنه اذا صادف اليوم الأخير من السنة عطلة رسمية ، امتد الأجل الى اليوم التالى (استئناف مصر ٢٥ نوفبر ١٩٣١ المحاماة ١٢–٦١٩–٣١٤).

(٣) كان أصل هذه العبارة فى المادة ٤٤٦ من المشروع النهائى للتقنين المدنى أنه «اذا ضمن البائع للمشترى أن المبيع يشتمل على قدر معين ، كان مسئولا .. الخ » ، فاستبدلت بها عبارة التقنين الحالى حتى يكون مفهوما أنه ليس ضروريا وجود شرط ضمان فى العقد وأنه يكفى مجرد تحديد مقدار المبيع . وهذا يدل بذاته على أن المقصود بالأحكام الواردة فى المادة ٤٣٣ من القانون حالة المبيع المعين بالذات أو المثلى المبيع جزافا لأن هذه الحالة هى التى تحتمل ذكر مقدار المبيع وعدم ذكره . أما فى بيع المثليات دون أن يكون البيع جزافا فلابد من تعيين المبيع بمقداره ، ويلزم البائع بتسليم المقدار المتفق عليه دون نقصان أو زيادة ولا يحتاج الأمر فيه الى أحكام خاصة بشأن تسليم المبيع من حيث مقداره . ولذلك يمكن القول بأن أحكام المادة ٤٣٣ لا تنطبق فى حالة بيع المثليات المقدرة بالوزن أو العدد أو المقاس الخ . ومما يؤيد ذلك أن النص يتحدث عن المبيع غير القابل للتبعيض وهذا لا يصدق الا على المبيع جزافا أو على المعين بالذات كبيع عقار أو قطعة قماش معينة أو محصول أرض محددة الخ ، وبشرط ذكر مقدار المبيع .

وقد قضت محكمة النقض بأن تطبيق نص المادة ٤٣٤ مدنى فى حالة الادعاء بوجود عجز =

القدر بحسب ما يقضى به العرف ما لم يتفق على غير ذلك ، على أنه لا يجوز للمشترى أن يطلب فسخ العقد لنقص فى المبيع الا اذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث لو أنه كان يعلمه لما أتم العقد .

٢ — أما اذا تبين أن القدر الذى يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر فى العقد وكان الثمن مقدراً بحساب الوحدة ، وجب على المشترى اذا كان المبيع غير قابل للتبعيض أن يكمل الثمن ، الا اذا كانت الزيادة جسيمة ، فيجوز له أن يطلب فسخ العقد ، وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه » .

ويخلص من هذا النص أنه يفرق بين حالتى العجز والزيادة فى المبيع ، وأنه فى حالة العجز ، يكتفى باجراء حكم القواعد العامة مع مراعاة ما يقضى به العرف ، وقد يقضى بالمجاوزة عن قدر مسموح به زيادة أو نقصاً ، ما لم يتفق الطرفان على مايخالفه . وحكم القواعد العامة أنه اذا وجد فى المبيع عجز عن القدر المتفق عليه ، كان للمشترى أن يفسخ اذا كان العجز جسيما بحيث يصبح تنفيذ العقد لا يحقق قصده من الشراء (ولا يشترط أن يكون العجز واحداً على عشرين كما كان الأمر فى التقنين الملغى) ، أو أن يطلب تعويضاً عما أصابه من ضرر بسبب هذا العجز بعد اثبات هذا الضرر . وليس من الضرورى أن يكون هذا التعويض بقدر قيمة العجز بل قد يزيد أو ينقص عن هذه القيمة تبعاً لقيمة الأضرار التى لحقته بسبب ذلك العجز[1] ، فان لم يكن قد دفع الثمن جاز له أن يخصم منه قيمة التعويض الذى يحكم له به ، وان كان قد دفعه جاز له المطالبة بقيمة التعويض .

واذا وجد فى العقد اتفاق على أن يقدر التعويض فى حالة العجز بمقدار

= فى المبيع محله أن يكون البيع قد انعقد على عين معينة مفرزة ذات مقاس أو قدر معين ولم يقم البائع بالتسليم على النحو الذى التزم به بأن سلم المبيع أقل قدراً مما هو متفق عليه (نقض مدنى أول فبراير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ — ٢٠٥ — ٢٧) .

(١) السنهورى فى الوسيط جـ٤ ص٥٧٢ .

فرق السعر عن الكمية التى لا يوردها البائع ، فان هذا الشرط يجعل الضرر واقعاً فى تقدير المتعاقدين بمجرد وجود عجز فيما تم تسليمه ، فلا يكلف المشترى باثباته ويقع على عاتق البائع فى هذه الحالة عبء اثبات انتفاء الضرر تطبيقاً لأحكام الشرط الجزائى[١] .

ويلاحظ أن التقنين الحالى لم يفرق فى هذه الحالة بين ما اذا كان المبيع يضره التبعيض أو لا يضره ، ولا بين ما اذا كان الثمن محدداً بسعر الوحدة أو مقدراً جملة واحدة . فتسرى الأحكام المتقدمة سواء أ كان المبيع أطياناً أو أراضى أو اقمشة أم كان غلالا أو ثماراً ، وسواء أ كان ثمنه قد عين جملة أم كان قد عين بسعر الوحدة .

أما فى حالة زيادة المبيع ، فقد أخذ التقنين الحالى بهاتين التفرقتين كما كان يأخذ بهما التقنين الملغى .

فاذا كان الثمن معينا بسعر الوحدة ، فان كان المبيع يضره التبعيض وجب على المشترى أخذ المبيع كله ودفع ما يقابل الزيادة الا اذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له الفسخ (ولا يشترط أن تكون الزيادة أكثر من واحد على عشرين كما كان الامر فى التقنين الملغى) ، وليس للبائع أن يعترض على ذلك. وان كان المبيع لا يضره التبعيض، فان الزيادة تكون ملكا للبائع ولا يجبر المشترى على أخذها فى مقابل زيادة الثمن بقدر قيمتها ، كما أن البائع لا يجبر على تركها فى مقابل قيمتها بحسب سعر البيع .

ولم يعرض النص لحكم زيادة المبيع فى الحالة التى يكون فيها الثمن معينا جملة واحدة ، فيرجع فى شأنه الى قصد العاقدين والقواعد العامة . ويؤخذ من ذكر العاقدين مقدار المبيع مع تعيين الثمن جملة واحدة ، أن ذكرهما المقدار انما هو على وجه التقريب ، فلا يكون للزيادة فيه أثر على البيع

---

(٣) نقض مدنى ١٢ نوفمبر ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠-١-٦٤١-٩٧ .

وثمنه ، أى ان البيع يبقى ولا يطالب المشترى بزيادة فى الثمن[1] .

يبين من ذلك أن العبرة فى استحقاق البائع زيادة فى الثمن مقابل الزيادة فى المبيع أو عدمه هى بكون الثمن مقدراً بسعر الوحدة أو مقدراً جملة . ويلاحظ أن هذه الأحكام جميعاً أحكام مقررة لارادة الطرفين لا تسرى الا عند عدم الاتفاق على ما يخالفها . ولذلك فهى تعتبر بمثابة الأحكام المتفق عليها فى العقد فلا تسرى أحكام التقنين الحالى الا على العقود التى أبرمت منذ تاريخ العمل به أى ابتداء من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ ، أما العقود السابقة على ذلك فتسرى عليها أحكام التقنين الملغى[2] (المادة ٢/٧ مدنى) .

وقد رأى واضعو التقنين الحالى أن سريان مدة سقوط الدعاوى الناشئة عن العجز أو الزيادة فى المبيع ابتداء من تاريخ العقد ، لا يتفق مع العدالة لأن هذه المدة قصيرة وقد تنقضى قبل أن ينكشف العجز أو الزيادة فى المبيع فتسقط تلك الدعاوى قبل أن يعلم ذوو الشأن بثبوت حقهم فيها ، لذلك نصوا فى المادة ٤٣٤ على أن هذه الدعاوى تسقط اذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليما فعلياً ، كما قضت بذلك المحاكم فى ظل التقنين الملغى لا من وقت العقد كما كانت تنص عليه المادة ٣٧١/٢٩٦ من ذلك التقنين . ويسرى ذلك على جميع الدعاوى الناشئة عن العجز والزيادة فى مقدار المبيع ، سواء فى ذلك دعاوى المشترى بطلب نقص الثمن أو بطلب الفسخ ودعاوى البائع بطلب تكملة الثمن .

---

(١) وجاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الشأن « أنه اذا زاد المبيع ، وكان الثمن مقدراً جملة واحدة ، فالغالب أن المتعاقدين قصدا أن يكون المبيع بهذا الثمن ولو زاد على القدر المعين . وهذا يتفق مع ماسبق ذكره من أن الوصف لا يقابله شيء من الثمن . ولذلك يبقى البيع ولا يطالب المشترى بزيادة فى الثمن الا اذا كان هناك اتفاق على غير ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص٦١) .

(٢) فى هذا المعنى السنهورى جـ٤ ص ٥٧٧ هامش ٢ .

وظاهر أن المشرع قد عنى بالنص على أن يبدأ سريان مدة السنة من وقت التسليم الفعلى ، فلا عبرة فى ذلك بالتسليم القانونى ، لأن التسليم الفعلى هو وحده الذى يهيء للمشترى وللبائع كشف حقيقة العجز أو الزيادة فى المبيع [١].

ويجب لقطع مدة السنة أن ترفع الدعوى بالمطالبة بالعجز أو بقيمة الزيادة فى خلالها ولا يكفى مجرد الانذار [٢].

ولا تسرى أحكام الوقف على هذا التقادم (المادة ٢/٣٨٢ مدنى).

ولا يجوز الاتفاق على اطالة مدته أو على نقصها ولا على النزول عن التقادم قبل كشف العجز أو الزيادة التى تنشأ الدعوى بسببها (المادة ١/٣٨٨ مدنى).

ويجوز الدفع بهذا التقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى أمام محكمة الموضوع ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف [٣].

ويجوز النزول عن أى من هذه الدعاوى الثلاث صراحة أو ضمنا ، ويعتبر نزولا ضمنيا عن دعوى نقص الثمن ودعوى الفسخ وضع يد المشترى على المبيع دون تحفظ بعد علمه بالعجز [٤]. واذا نزل البائع عن دعوى تكملة الثمن بنسبة زيادة المبيع سقطت تبعا لذلك دعوى الفسخ التى يخولها القانون المشترى فى حالة الزيادة فى المبيع لأن الغرض منها تجنب المشترى التزامه بزيادة الثمن ، فتنعدم علتها بنزول البائع عن حقه فى الزيادة [٥].

---

(١) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ٤ ص ٥٧٦ .

(٢) المحلة الكبرى الجزئية ٢٨ يناير ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ — ١٢٤٢ — ٥٢٠ .

(٣) استئناف مصر ٢٠ نوفمبر ١٩١٧ المجموعة ١٩ — ٣٩ — ٢٦ .

(٤) امام نبذة ١٩٠ ص ٣٢٤ ، أنور سلطان نبذة ٢١٥ ، السنهورى جـ٤ ص٥٧٦ فى الهامش .

(٥) السنهورى فى الوسيط جـ٤ ص٥٧٦ هامش ١ .

١٩١ — (ب) **ملحقات المبيع** — لا يقتصر الالتزام بالتسليم على المبيع ذاته . بل يشمل أيضاً ملحقاته ، وقد نصت المادة ٤٣٢ مدنى على أن « يشمل التسليم ملحقات الشىء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشىء وذلك طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين ».

والأصل أن ملحقات المبيع تعين حسب قصد المتعاقدين ، فاذا لم يوجد اتفاق بينهما على ذلك ، عينت الملحقات حسب طبيعة الشىء أو وفقا لعرف الجهة . ويعتبر من الملحقات كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشىء ، والحقوق المرتبة لخدمته كحقوق الارتفاق الايجابية ، والحقوق والدعاوى المتعلقة به كحق ضمان العيوب الخفية ودعوى ضمان الاستحقاق ودعوى نقص الثمن بسبب العجز .

وكان التقنين الملغى ينص على بعض أحوال بين فيها ما يعتبر من الملحقات بحسب طبيعة الشىء عند عدم الاتفاق وعدم العرف (المواد ٢٨٥ - ٢٨٩/ ٣٥٨ - ٣٦٢) ، وقد نهج مشروع تنقيح القانون المدنى هذا النهج أول الأمر (فى المادة ٥٧٢ فقرة ثانية منه) ، ولكن عدل عن ذلك فى المشروع النهائى ، غير أن هذه الأحوال وتلك يجوز الاستئناس بها باعتبارها أمثلة لما يعتبر من ملحقات المبيع .

فمثلا بيع المنزل يشمل الأشياء المثبتة فيه الملحقة به كالأفران المثبتة فى المطابخ والمغاسل المثبتة فى الحمامات ، ولا يشمل منقولا يمكن فصله دون تلف كالمرايا غير المثبتة والثريات المعلقة .

وبيع الأرض الزراعية لا يشمل ما نضج من المحصول ولكن يشمل ما لم ينضج منه .

وبيع البستان يشمل ما فيه من أشجار مغروسة ولا يشمل الثمار الناضجة ولا الشجيرات المزروعة فى أوعية أو التى أعدت للنقل .

وبيع البقرة الحلوب يشمل ولدها الرضيع ، وبيع الحيوان بوجه عام يشمل الصغار التي يرضعها كما يشمل الصوف والشعر المهيأ للجز .

وقد نصت المادة ٤٠٨ فقرة ثانية مدني على أن للمشترى ثمر المبيع ونماءه من وقت تمام البيع ، وقضت محكمة النقض بأن ثمار المبيع أثر من آثار عقد البيع ، وهى للمشترى من وقت تمام البيع(١)، فيحق له مطالبة البائع بتسليمها اليه(٢).

١٩٢ — (٤) *الوقت الذى يجب فيه التسليم* — يجب تسليم المبيع في الوقت الذى عينه المتعاقدان لذلك ، فاذا لم يعينا هذا الوقت وجب التسليم وفقاً للمادة ٣٤٦ فقرة أولى مدنى فى الوقت الذى يتم فيه العقد .

---

(١) نقض مدنى ٢٠ ديسمبر ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣-١١٥٩-١٨٤ وكانت تقضى بذلك حتى فى ظل التقنين القديم (١٠ ديسمبر ١٩٣١ مجموعة القواعد القانونية ١ — ٢٦-١٦ وقد جاء فيه أنه من المقرر قانوناً أن المشترى وقد انتقلت اليه ملكية المبيع بموجب عقد البيع — له الحق فى استغلال العين المبيعة والانتفاع بثمرتها من تاريخ البيع الا اذا اشترط فى العقد غير ذلك . ووجود عقد اجارة ثابت التاريخ قبل البيع ليس من شأنه أن يمحو هذا الحق ، ولو كان المشترى يعلم بالاجارة وقت الشراء ، وانما ينظر فى أمر الثمرة . فاذا كان المستأجر قد احتفظ بها فعليه أن يؤديها للمشترى . وأما اذا كان قد أداها الى البائع فانه يكون قد أداها لغير ذى حق ، ويجب فى هذه الحالة على البائع أن يرد ما استولى عليه منها الى المشترى) .

(٢) ويفرق الأستاذ السنهورى بين ملحقات المبيع وبين نمائه وثماره ومنتجاته ، ويرى أن ملحقات المبيع هى ماليس جزءا فيه ولا ناتجا منه ، وانما هى أشياء أضيفت اليه وأعدت بصفة دائمة لخدمته . فيعتبر أن حديقة الدار وسوره جزء منه لا ملحقة به ، وأن نماء الشىء يدخل فى أصله لا فى ملحقاته ، وأن منتجات الشىء غير الدورية لاتدخل فى أصله ولا تعد من ملحقاته وكذلك ثمار الشىء الدورية (انظر التطبيقات التى أوردها سيادته لذلك فى الوسيط ج٤ نبذة ٣٠٣) ؛ ويبدو أنه يقصد أن التزام البائع بالتسليم بمقتضى العقد يشمل أصل الشىء بكامل أجزائه وملحقاته ولا يشمل ثمار الشىء ومنتجاته . اما هذه فيلتزم بتسليمها لا بمقتضى عقد البيع بل نتيجة لكونها بنشوئها بعد البيع تدخل مباشرة فى ملك المشترى بناء على نص الفقرة ٢/٤٠٨ مدنى ، فيكون من حق المشترى باعتباره مالكا اياها أن يستردها من البائع فيلزم هذا بتسليمها اليه . ونحن مع تسليمنا بدقة هذه التفرقة لانرى لها ثمرة مادام مسلما ان البائع يلتزم بتسليم المبيع بكافة اجزائه وملحقاته ونمائه وثماره ومنتجاته .

على أنه اذا كان العرف أو طبيعة المبيع تستلزم مضى مدة من وقت العقد لاجراء التسليم ، فيعتبر التسليم واجباً من وقت انقضاء هذه المدة. وكذلك اذا أمهل البائع فى تسليم المبيع الى وقت معين تطبيقا للمادة ٢/٣٤٦ مدنى كما لو كان المبيع سلعة مستوردة وتأخر ورودها لظروف تشفع للبائع فى التأخير.

١٩٣ — **حق البائع فى حبس المبيع** — ومتى حل الوقت الذى يجب فيه تسليم المبيع ، جاز للمشترى أن يطالب البائع بالتسليم ، ولو كان لم يدفع الثمن طالما أن الثمن مؤجل ولم يسقط حق المشترى فى الأجل.

أما ان كان الثمن وقت مطالبة المشترى البائع بالتسليم حالا كله أو بعضه جاز للبائع أن يرفض التسليم [١] وأن يحبس المبيع الى أن يستوفى المبلغ المستحق له من أصل وفوائد [٢]، ولو حصل المشترى على نظرة الميسرة [٣] (المادة ٢/٣٤٦). وقد نصت المادة ٤٥٩ فقرة أولى مدنى على أن البائع يجوز له أن يحبس المبيع فى هذه الحالة ولو قدم المشترى رهناً أو كفالة ، وذلك لأن الرهن أو الكفالة لا يغنيان البائع عن حصوله على الثمن الذى صار مستحقاً له .

وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن اذا سقط حق المشترى فى الأجل طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣ مدنى ، أى لشهر افلاس المشترى أو شهر اعساره أو لاضعافه التأمينات المقدمة للبائع أو لعدم تقديمه التأمينات التى وعد فى عقد البيع بتقديمها (المادة ٤٥٩ فقرة ثانية مدنى). غير أنه فى هذه الأحوال يجوز للمشترى أن يطالب بالتسليم اذا هو قدم رهناً أو كفالة تأميناً لدفع الثمن عند حلول أجله ، لأن البائع لم يكن قد حان موعد

---

(١) انظر حكم الشريعة الاسلامية فى ذلك فى رسالة عبد الهادى العطافى فى حق الحبس باريس ١٩٥٨ ص١٩٦ وما بعدها .

(٢) السنهورى فى الوسيط ج٤ نبذه ٤ ٤ ص٨٠٧ .

(٣) السنهورى فى الوسيط ج٤ ص٨٠٦.

استحقاقه الثمن وانما أعطى الحق فى الحبس ضماناً لحصوله على الثمن ، فاذا قدم له تأمين كاف سقط المسوغ للحبس.

والحق فى حبس المبيع حق غير قابل للتجزئة ، فليس للمشترى اذا دفع جزءا من الثمن الذى حل أن يطلب البائع بتسليمه جزءا يقابله من المبيع ولو كان المبيع جملة أشياء عين لكل منها ثمنه ، ما دامت قد بيعت كلها صفقة واحدة[1] .

ويشمل الحق فى الحبس أصل المبيع ونماءه وثماره الناتجة منه بعد البيع . وعلى البائع أن يحافظ على المبيع أثناء حبسه اياه وفقاً لأحكام رهن الحيازة فيبذل فى المحافظة عليه عناية الرجل المعتاد ويقدم حساباً عن غلته (المادتان ٢٤٧ و ١١٠٣ مدنى) لأن حبس المبيع لا ينفى استحقاق المشترى ثماره .

واذا هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له كان الهلاك على المشترى ما لم يكن قد حدث بفعل البائع فيكون عليه لا على المشترى (المادة ٤٦٠) .

واذا استعمل البائع حقه فى حبس المبيع الى أن يستوفى الثمن ، فليس للمشترى أن يستولى على المبيع دون اذن البائع . فاذا فعل كان للبائع أن يسترد المبيع اذا هو قدم طلبه بذلك خلال ثلاثين يوما من الوقت الذى علم فيه بخروج المبيع من يده وقبل انقضاء سنة من خروجه (المادة ٢٤٨ مدنى) .

ويجوز للبائع أن ينزل عن حقه فى حبس المبيع ، ويكون هذا النزول صراحة أو ضمناً .

ويعتبر البائع نازلا ضمناً عن حق الحبس اذا كان — بالرغم من استحقاق الثمن وعدم دفعه اليه — قد سلم المبيع برضاه الى المشترى . ولا يجوز له فى هذه الحالة أن يسترد المبيع لحبسه الى أن يستوفى الثمن لأن النزول عن الحق غير قابل للرجوع فيه (المادة ٢٤٨ فقرة أولى) .

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ٤ نبذة ٤٠٤ ص٨٠٧.

ومتى سقط حق البائع فى حبس المبيع بخروج المبيع من حيازته ، فانه لايعود ولو عاد المبيع الى البائع بعد ذلك لأى سبب من الأسباب[١] .

١٩٤ — (٥) مكان التسليم — يجب أن يتم التسليم فى المكان الذى يعينه العاقدان لذلك .

فاذا وجد المبيع فى الوقت الذى يجب فيه التسليم فى مكان آخر غير المكان المتفق على أن يتم التسليم فيه ، وجب على البائع أن ينقل المبيع الى المكان المتفق عليه .

أما اذا لم يتفق العاقدان على المكان الذى يتم فيه التسليم ، فيجب وفقاً للقواعد العامة فى الوفاء التمييز بين ما اذا كان المبيع قيمياً أو مثلياً . فان كان قيمياً وجب وفقاً للمادة ٣٤٧ فقرة أولى تسليمه فى المكان الذى وجد فيه وقت البيع أو ذكر فى العقد أنه موجود فيه، فاذا لم يعين مكان وجوده وقت البيع أو كان مثلياً وجب تسليمه فى موطن البائع أو مركز أعماله اذا كان البيع يتعلق بهذه الأعمال (المادة ٣٤٧ فقرة ثانية) .

واذا اتفق على أن يتولى البائع تصدير المبيع الى المشترى، افترض القانون بنص المادة ٤٣٦ أن المقصود بذلك أن يكون التسليم فى موطن المشترى، ولا يتم

---

(١) المنشية الجزئية ٢٢ مايو ١٩٤١ المحاماة ٢١ — ١١١٧ — ٤٥٧ ، نقض مدنى ١٧ ديسمبر ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ — ٨١٠ — ١٢٢ وقد جاء فيه أنه اذا كان الثابت أمام المحكمة — من الأحكام التى كانت تحت نظرها والتى اشارت اليها فى أسباب حكمها المطعون فيه — أن البائعين احتجزوا السيارة المبيعة لغير ما سبب أو مبرر قانونى ومن غير أن يقع من المشترى تقصير او اهمال فى تنفيذ التزاماته قبلهم ، وكان الحكم المطعون فيه قد اقام قضاءه بالزام المشترى بدفع باقى الثمن على أساس الفصل بين واقعة تسليم السيارة للمشترى عقب حصول البيع وبين واقعة حجز البائعين لها عقب اعادتها اليهم لتشحيمها ، وكان هذا الذى قرره الحكم لايصلح رداً على دفاع المشترى الذى تمسك فيه بعدم دفع الثمن لاستمرار تعرض البائعين له رغم الحكم عليهم بتسليم السيارة ، فانه يكون مشوبا بالقصور مما يستوجب نقضه.

التسليم الا اذا وصل المبيع الى المشترى فى محله ، ما لم يتبين أن الطرفين قصدا غير ذلك ، وتكون تبعة هلاك المبيع فى أثناء نقله الى محل المشترى على عاتق البائع ، سواء كان المبيع معيناً بالذات أو بالنوع ، ولو أن ملكيته تنتقل الى المشترى فى الأول من وقت العقد ، وفى الثانى من وقت فرزه أى فى الغالب من وقت شحنه .

١٩٥ — (٦) **نفقات التسليم** — يلاحظ أن التسليم يتم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى واعلامه به ، وأنه متى تم ذلك وجب على المشترى تسلم المبيع .

وقد نصت المادة ٣٤٨ مدنى على أن تكون نفقات الوفاء على المدين ، الا اذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

وبناء على هذا النص يلزم البائع بنفقات التسليم والمشترى بنفقات التسلم ، فيتحمل الأول نفقات نقل المبيع الى مكان التسليم ونفقات فرزه ووزنه أو قياسه ، ويلزم الثانى بنفقات التحقق من المبيع ونفقات نقله من مكان التسليم الى المكان الذى يريد هو أن يحفظه فيه .

١٩٦ — (٧) **هلاك المبيع هلاكاً كلياً أو جزئياً** - نصت المادة ٤٣٧ مدنى على أنه « اذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن الا اذا كان الهلاك بعد اعذار المشترى لتسلم المبيع » . ويستفاد من ذلك ومن القواعد العامة أن هلاك المبيع هلاكاً كلياً بسبب أجنبى عن البائع يترتب عليه انقضاء التزام البائع بالتسليم وانفساخ البيع ورد الثمن الى المشترى ، أى ان تبعة هلاك المبيع قبل تسليمه تقع على عاتق البائع .

والمقصود بالهلاك - على ما جرى به قضاء محكمة النقض — زوال الشىء المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية ، ومن ثم فان استيلاء

الاصلاح الزراعي ـ بعد البيع ـ على قدر من الأطيان المبيعة لا يعد هلاكا لهذا القدر تجرى عليه أحكام الهلاك فى البيع (١) .

كذلك نصت المادة ٤٣٨ على انه « اذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، جاز للمشترى اما ان يطلب فسخ البيع اذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، واما أن يبقى البيع مع انقاص الثمن » .

وسنعود الى هذا الموضوع فيما بعد عند الكلام عن فسخ البيع لاستحالة الوفاء .

١٩٧ — جزاء الاخلال بالالتزام بالتسليم — كان التقنين الملغى ينص فى المادة ٢٧٨/٣٤٦ منه على أنه « فى حالة حصول التأخر عن التسليم بعد التكليف به من المشترى تكليفا رسميا يكون لذلك المشترى الحق فى فسخ البيع أو فى طلب وضع يده على المبيع مع التضمينات فى الحالتين اذا حصل ضرر وكان التأخر ناشئا عن فعل البائع » .

وقد انتقد هذا النص لأنه خلط بين المطالبة بالتنفيذ العينى وطلب الفسخ من جهة وبين دعوى التنفيذ بمقابل من جهة أخرى ، ولأن عبارته فيما يتعلق بطلب التضمينات تفيد أنه يلقى على عاتق المشترى عبء اثبات حصول التأخر عن التسليم بفعل البائع ، مع أن القواعد العامة فى المسئولية العقدية تجعل على البائع أن يثبت أن تأخره فى التسليم راجع الى سبب أجنبى عنه .

وقد وجد واضعو التقنين الحالى أن هذا النص لا يعدو أن يكون تطبيقا للقواعد العامة المتعلقة بآثار الالتزامات وبفسخ العقود ، فلم يروا داعيا للابقاء عليه فى التقنين الحالى اكتفاء بتلك القواعد العامة .

وتقضى هذه القواعد بأن عدم وفاء المدين بالتزامه يخول الدائن أن يطلب اما التنفيذ العينى الجبرى ان كان ذلك ممكنا ، والا فالتنفيذ بمقابل ، واما الفسخ مع التعويض .

---

(١) نقض مدنى أول فبراير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ — ٢٠٥ — ٢٧ .

وقد نصت المادة ١٩٩ فقرة أولى على أن « ينفذ الالتزام جبراً على المدين »، ونصت المادة ٢١٥ على أنه « اذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، ويكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه » . ونصت المادة ١٥٧ على أنه « فى العقود الملزمة للجانبين ، اذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض فى الحالتين ان كان له مقتض . — ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا اذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ اذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام فى جملته » .

وبناء على ذلك يكون للمشترى عند تأخر البائع فى التسليم أن يختار بين هذه الأحكام .

ويلاحظ أنه اذا اختار التنفيذ العينى الجبرى يكون له الحق فى تعويض عن الضرر الذى أصابه من مجرد التأخر فى التسليم ، وأنه اذا اضطر الى طلب التنفيذ بمقابل لاستحالة التنفيذ العينى ، كان له الحق فى تعويض يشمل قيمة المبيع وقيمة الأضرار التى لحقته بسبب التأخر فى التسليم ، وأنه اذا سلك سبيل الفسخ كان له أن يسترد الثمن أو أن لا يبيعه وأن يطالب بتعويض عن الخسارة التى لحقته والربح الذى ضاع عليه بسبب الفسخ وتفويت الصفقة عليه .

وسواء اختار المشترى التنفيذ بمقابل أو الفسخ ، فانه يتعين عليه قبل الالتجاء الى أيهما أن يعذر البائع لتسليم المبيع (١) . ولا يعتبر استحقاق المبيع للغير قوة قاهرة تعفى البائع من التزامه بالتسليم ومن التعويض عن الاخلال بهذا الالتزام (٢) ، بل على العكس من ذلك يعتبر اخلالا بالالتزام بالضمان فوق اعتباره اخلالا بالالتزام بالتسليم .

---

(١) راجع كتابنا فى احكام الالتزام سنة ١٩٥٧ نبذة ٣٨ وما بعدها .

(٢) استئناف مختلط ١٤ مايو ١٩١٨ (٣٠ص٢٢) .

الفصل الثالث

التزام الضمان

١٩٨ – نوعا الضمان – ليس يكفى أن ينقل البائع الى المشترى ملكية المبيع وأن يسلمه اياه ، بل يجب أن يضمن له بقاء الملكية والانتفاع بها . ويشمل ذلك ضمان حيازة المبيع حيازة هادئة نافعة ابتداء من حصول التسليم .

فاذا وقع للمشترى تعرض يعكر حيازته أو يخشى معه على المبيع أن ينزع منه أو ظهر فى المبيع عيب يمنع من الانتفاع به كله أو بعضه ، جاز للمشترى أن يطالب البائع بضمان التعرض والاستحقاق فى الحالة الأولى وبضمان العيوب الخفية فى الحالة الثانية .

وقد نظم المشرع هذين النوعين من الضمان تنظيما مفصلا فى باب البيع ولو أن أحكامها ليست خاصة بالبيع ، بل تتناول جميع العقود التى ينشأ منها التزام بنقل الملكية أو بتمكين العاقد الآخر من الانتفاع ، كالمقايضة والشركة والقرض والهبة والاجارة والعارية ، مع تفاوت بينها فى مدى الضمان وشروطه[1] ، وذلك لأن البيع هو أكثر هذه العقود تداولا ، فتعتبر أحكام الضمان الواردة فى شأن البيع بمثابة الأحكام العامة التى يرجع اليها فى العقود الأخرى التى تقتضى الضمان ، فيما لم يرد بشأنه نص خاص بتلك العقود .

لذلك فصل المشرع أحكام الضمان فى عقد البيع ، فخص ضمان التعرض

---

(١) وقد نص المشرع فى باب الايجار وفى الأبواب الخاصة ببعض العقود الأخرى على بعض أحكام التزام الضمان ، ولكن هذه النصوص الأخيرة تحتاج الى تكملتها بالنصوص العامة التى وردت فى باب البيع . انظر فى ذلك :

Gross, La notion d'obligtion de garantie dams le droit des contrats, thèse Nancy, 1964 .

والاستحقاق بالمواد من ٤٣٩ الى ٤٤٦ وهى تقابل المواد من ٣٠٠/٣٧٤ الى ٣١٢/٣٨٦ من التقنين الملغى ، وضمان العيوب الخفية بالمواد من ٤٤٧ الى ٤٥٥ وهى تقابل المواد من ٣١٣/٣٨٧ الى ٣٢٧/٤٠٥ من التقنين الملغى .

§ ٢ — ضمان التعرض والاستحقاق

١٩٩ — *النصوص المقررة لضمان التعرض والاستحقاق* — كانت المادة ٢٦٦/٣٣٦ من التقنين الملغى تنص ــ فى ضمن التزامات البائع ــ على التزامه بتسليم المبيع للمشترى « وبضمانه عدم منازعته فيه » ، وكانت المادة ٣٠٠/٣٧٤ تنص على أن « من باع شيئاً يكون ضامناً للمشترى الانتفاع به بدون معارضة من شخص آخر له حق عينى على المبيع وقت البيع ، وكذلك يكون البائع ضامناً اذا كان الحق العينى الآخر ناشئاً عن فعله بعد تاريخ العقد . ووجوب هذا الضمان لا يحتاج الى شرط مخصوص به فى العقد » .

وكان يؤخذ على هذين النصين أنهما ليسا واضحى الدلالة فى ضمان البائع تعرضه الشخصى ، وأنهما يقصران ضمان تعرض الغير على التعرض المبنى على حق عينى دون التعرض المبنى على حق شخصى كحق المستأجر .

وقد راعى المشرع ذلك فى التقنين المدنى الحالى حيث نص فى المادة ٤٣٩ منه على أن « يضمن البائع عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله هو أو من أجنبى يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشترى . ويكون البائع ملزما بالضمان ولو كان الأجنبى قد ثبت حقه بعد البيع اذا كان هذا الحق قد آل اليه من البائع نفسه » .

ويلاحظ أن المقصود بالتعرض trouble ما يعكر على المشترى حيازته ، سواء كان يهدده بنزع الملكية منه أولا يهدده بذلك . فاذا أدى هذا التعرض الى سلب المشترى ملكية المبيع كله أو بعضه أو أحد عناصر الملكية أو الحقوق

المتفرعة منها كالاستعمال والسكنى والانتفاع والارتفاق اعتبر المبيع مستحقا كله أو بعضه للغير ، وكان البائع مسئولا عن هذا الاستحقاق eviction .(١)

ويلاحظ أيضاً أن النص جاء مطلقا فيما يتعلق بنشوء الالتزام بضمان التعرض من عقد البيع ، فلم يقيد البيع الذى ينشىء هذا الالتزام بأى قيد ، فلا هو اشترط لذلك تسجيل البيع ولا هو استبعد بعض أنواع البيوع كما نص فى شأن ضمان العيوب على عدم ثبوته فى البيوع القضائية والادارية اذا تمت بالمزاد (المادة ٤٥٤ مدنى) . فينشأ هذا الالتزام متى استوفى العقد أركانه وشروط صحته ، سواء سجل البيع أو لم يسجل ، وسواء تم بالمزاد أو بالممارسة.

٢٠٠ — *أنواع التعرض* — قد يحدث التعرض من البائع شخصياً أو من شخص أجنبي عنه. وفى كلتا الحالين قد يكون التعرض مادياً أو قانونياً .

٢٠١ — *التزام البائع بضمان التعرض* — يلتزم البائع بعدم التعرض شخصياً سواء كان تعرضه مادياً أو قانونياً . ولكنه فيما يتعلق بالتعرض الصادر من الغير لا يضمن الا التعرض القانونى .

٢٠٢ — *التعرض الشخصى* — لا يجوز للبائع أن يتعرض بنفسه للمشترى فى حيازة المبيع ، سواء كان التعرض قانونياً أو مادياً .

---

(٣) ويلاحظ أن هذا الالتزام بالضمان شأنه شأن سائر آثار البيع يفترض وجود عقد بيع مكتمل جميع أركانه (نقض مدنى ١٧ يناير ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص ١٢٢ وقد جاء فيه أن استبدال الوقف لا يتم قانوناً الا اذا أوقعت المحكمة المختصة صيغة البدل الشرعية . والتعاقد الحاصل بين وزارة الأوقاف ومن يرسو عليه مزاد العين المراد استبدالها معلق على شرط واقف هو توقيع هذه الصيغة. وتخلف هذا الشرط يجعل التعاقد كأن لم يكن .

وليس للراسى عليه المزاد — اذا رفضت المحكمة توقيع صيغة البدل له وأوقعتها لغيره وانتقلت الملكية الى هذا الغير — أن يرجع على وزارة الأوقاف بضمان الاستحقاق أو يطالبها بالتعويض على أساس فسخ العقد، اذ الرجوع بضمان استحقاق المبيع لا يكون الا على أساس قيام عقد البيع كما أن الفسخ لا يرد الا على عقد كان له وجود ،

ويعتبر التعرض قانونياً اذا استعمل البائع حقاً ادعاه على المبيع وكان ذلك يؤدى الى نزع المبيع من يد المشترى . ومثل ذلك أن يكون البائع غير مالك المبيع ، ثم يملكه بعد البيع سواء كان ذلك من طريق الشراء أو الميراث أو التقادم المكسب ، فاذا استند البائع الى حق الملكية الذى آل اليه بعد البيع لينزع المبيع من يد المشترى ، كان ذلك تعرضاً قانونياً منه للمشترى يعتبر اخلالا بالتزام الضمان الذى التزم به فى عقد البيع ، فلا تقبل دعواه لأن من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض Qui doit garantie, ne peut évincer

وكذلك اذا دفع البائع دعوى المشترى بتثبيت ملكيته وبتسليمه المبيع بالتقادم المسقط استناداً الى عدم تسجيل عقد البيع أو الحكم الصادر بصحته مدة تزيد على خمس عشرة سنة ، ذلك أن التزام البائع بالضمان أبدى يتولد عن عقد البيع ولو لم يشهر ، فيمتنع عليه منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب العقد[1] . وحكم بأن للبائع بعقد لم يشهر الحق فى طلب تثبيت ملكيته الى العقار المبيع ضد من ينازعه فيه عدا المشترى الذى يلزم البائع بعدم التعرض له بمقتضى الضمان المتولد من عقد البيع ولو لم يكن مشهراً . وكما يمتنع عليه ذلك ازاء المشترى ، يمتنع عليه أيضاً اذاء الشفيع الذى حل محل المشترى فى كافة حقوقه والتزاماته[2] .

وكذلك أيضاً اذا كان البائع مالكا وسلم المبيع الى المشترى أو نزعت ملكيته منه جبرا عنه ثم وضع يده من جديد على المبيع واستمر واضعاً يده

---

(١) نقض مدنى ١٣ مارس ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ـ٣٥٥ـ٥٦ ، ٢٨ مارس ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ـ ٣٩٨ ـ ٦٢ ، وأيضا نقض مدنى ١٣ يناير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ـ١٢٣ـ١٧ . انظر عكس ذلك السنهورى فى الوسيط جـ٤ ص٦٣٢ فى الهامش حيث يقول بجواز تمسك البائع بدفع دعوى المشترى بالتقادم المسقط اذا رفعت بعد خمس عشرة سنة من وقوع التعرض منه لا من تاريخ صدور البيع .

(٢) نقض مدنى ١٨ ديسمبر ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ـ٧٧٦ـ١٠٢

خمس عشرة سنة فليس له حسب الرأى الراجح فى الفقه أن يتمسك بالتقادم المكسب فى مواجهة المشترى [١] . غير أن محكمة النقض قد قضت فى هذه الحالة الأخيرة بالعكس من ذلك وأجازت للبائع واضع اليد التمسك بالتقادم المكسب ضد المشترى استناداً الى أن الأساس التشريعى للتملك بالتقادم الطويل هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد [٢] . ولكنا نرى أن هذا الحكم محل نظر ، لأن التزام البائع

(١) أنظر أوبرى ورو جـ٥ ط٦ ص٦٣ ، بيدان ط٢ جـ١٢ ص١٥٦ نبذة ٢٠١ .

(٢) نقض مدنى ٨ ديسمبر ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ — ٦٩ — ١٩ المحاماة ٣٠ـ ٧٢٩ـ٣٥٧ . وتلخص وقائع الدعوى التى فصل فيها هذا الحكم فى أن مورث المطعون عليهم كان قد رسا عليه مزاد أطيان نزعت ملكيتها من مورث الطاعنين وفاء لدين عليه ، وبعد أكثر من ثلاثين سنة أقام المطعون عليهم هذه الدعوى على الطاعنين طلب تثبيت ملكيتهم الى الأطيان المذكورة وتسليمها اليهم ، فدفع الطاعنون باكتساب ملكيتها بوضع اليد عليها ـهم ومورثهم من قبل ـ المدة الطويلة ، وقضت المحكمة المطعون عليهم بطلباتهم على أساس أن المدين المنزوعة ملكيته جبراً يعتبر بائعاً ويقع عليه بهذه الصفة ضمان المبيع وأن مقتضى هذا الضمان أن البائع لايستطيع أن يتمسك ضد المشترى بتملك المبيع بوضع اليد مهما طالت مدته لأن هذا يعتبر تعرضاً منه وهو محرم عليه بموجب التزامه الضمان وانتهى الحكم الى القول بأنه يمتنع على ف مورث الطاعنين أن يدعى فى وجه ع (المطعون عليهم) أنه تملك العقارات المبيعة بالتقادم المكسب كما يمتنع على ورثته هذا الادعاء كذلك ، لأن الالتزام بالضمان قد انتقل مع تركة المورث اليهم .

وقد بنى الطاعن طعنه على ان الحكم المطعون فيه اذ أقام قضاءه على أن ضمان البائع استحقاق المبيع مانع له من اكتساب ملكيته بوضع اليد عليه بعد البيع مهما طالت مدته فقد اخطأ فى القانون ، ذلك انه قاس هذه الحالة على حالة البائع الذى يكون وقت صدور البيع منه غير مالك للمبيع ثم يتملكه بسبب طارىء بعد البيع فى حين أن هذا قياس مع الفارق ، لأن واقع الدعوى هو أن البائع كان مالكا للمبيع وقت نزع ملكيته وانتقلت ملكيته الى المشترى بمقتضى حكم رسو المزاد بمجرد تسجيله ، لكن البائع المنزوعة ملكيته اكتسب بعد ذلك ملكية المبيع بالتقادم الطويل ، فلا يحول ضمانه استحقاق المبيع دون احتجاجه بملكيته فى مواجهة الكافة ، ومنهم المشترى ، ولا يمنع من ذلك كون ضمان الاستحقاق أبدى لا يسقط الحق فيه مهما طال عليه الزمن لأن معنى هذا هو أنه اذا حصل التعرض من البائع للمشترى فى أى وقت ولو بعد حصول البيع بأكثر من خمس عشرة سنة وجب على البائع الضمان . فاذا سكت المشترى عن هذا التعرض بعد وقوعه ومضى على وضع يد البائع المدة الطويلة اعتبر سبباً مشروعاً للتملك لايحول دونه ضمان البائع .

==

. . . .

= وقد قبلت محكمة النقض هذا الطعن وقضت الحكم المطعون فيه وقالت فى ذلك : « ومن حيث ان هذا الذى قاله الحكم مردود بأنه متى كان الأساس التشريعى للتملك التقادم الطويل هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد ، كان القول بأن تمسك البائع باكتساب ملكية العقار بوضع اليد عليه المدة الطويلة بعد بيعه وانتقال ملكيته الى المشترى يعتبر من جانبه تعرضاً لا يتفق وواجب الضمان المفروض عليه قانوناً ، كان هذا القول مخالفاً للقانون . ولما كان الحكم قد أقام قضاءه على هذا الأساس الخاطىء ولم يتعرض لبحث هل وضع يد البائع فى هذه الحالة استوفى أو لم يستوف الشروط القانونية التى تجعله سبباً مشروعاً للتملك ، لما كان ذلك تعين نقضه » .

وفى حكم آخر بتاريخ ٤ مارس ١٩٥٤ (المحاماة ٣٥ — ١١٣٤ — ٥١١ مجموعة أحكام النقض ٥ — ٥٦٩ — ٩٠) قررت محكمتنا العليا هذا المبدأ ذاته فى قضية كانت تدور حول حق البائع فى دفع دعوى صحة التعاقد المرفوعة عليه من المشترى بعقد غير مسجل بالدفع بالتقادم لمضى أكثر من ١٥ سنة على تاريخ التعاقد المدعى حصوله ، فقررت المحكمة فيما يتعلق بالمبدأ المذكور أن « من أحكام عقد البيع المقررة بالمادتين ٢٦٦ و ٣٠١ من القانون المدنى القديم والمادة ٤٣٩ من القانون المدنى الجديد التزام البائع بضمان عدم منازعته المشترى فى المبيع . فيمتنع عليه أبدا التعرض للمشترى ، وينتقل هذا الالتزام من البائع الى ورثته ، فيمتنع عليهم مثله منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب العقد الا اذا توافرت لديهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية » . ثم قالت فى واقعة الدعوى : « واذن فمتى كانت الطاعنة قد أقامت الدعوى بطلب اثبات صحة ونفاذ عقد البيع الصادر اليها من مورث المطعون عليهم مع الزامهم بتسليم الأطيان المبيعة ، وكان دفاع المطعون عليهم بسقوط حق الطاعنة لقعودها عن رفع دعواها أكثر من خمس عشرة سنة بعد تاريخ صدور العقد هو من قبيل المنازعة الممتنعة عليهم قانوناً بمقتضى التزام القانون مورثهم بالضمان السالف الذكر ، فان الحكم المطعون فيه اذ أقام قضاءه برفض دعوى الطاعنة استناداً الى هذا الدفاع يكون قد خالف القانون » . (انظر أيضاً نقض مدنى ١٠ يناير ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ — ٣٦٨ — ٦٢ . وقرب نقض ٢١ نوفبر ١٩٥٣ المحاماة ٣٥ — ١٠٠٨ — ٤٤٦).

ويؤخذ من الحكم الأول أن الطاعن كان مسلماً بأن بائع ملك الغير لا يجوز له اذا استمر واضعاً يده على المبيع وتملكه بالتقادم المكسب أن يستند الى هذا التقادم لينزع ملكية المبيع من المشترى لأن ذلك يتنافى مع واجب الضمان الذى يقع على البائع ولكنه كان ينازع فى انطباق ذلك أيضاً على البائع المالك اذا سلم المبيع المملوك اليه الى المشترى ثم عاد الى وضع يده عليه حتى تم له التقادم المكسب ، كما يبين منه أن محكمة النقض لم تعر التفرقة بين هاتين الحالتين أى أهمية ، بل تكاد تكون أطلقت القول بحيث يمكن أن يفهم منه أنها لا تفرق بينهما وأنها تجعل حكمهما واحداً . ولأن أولى الحالتين المذكورتين كان حكمها مسلماً فى الفقه والقضاء من قبل ذلك وهو أنه لا يجوز لبائع ملك الغير أن يستند الى كسبه الملكية بالتقادم لينتزع =

. . . .

= المبيع من المشترى (انظر فى هذا المعنى أوبرى ورو الطبعة السادسة جـ ٥ ص ٦٣ والأحكام التى أشارا اليها ، بيدان الطبعة الثانية جـ ١٢ ص ١٥٦ نبذة ٢٠١ ، كولان وكابيتان ودى لاموراندير جـ ٢ ص ٦٠٦ نبذة ٩٤ والأحكام التى أشاروا اليها) ، فكان حرياً بمحكمة النقض اذا رأت توحيد الحكم بين الحالتين أن تسحب الحكم المسلم فى شأن الحالة الأولى على الثانية ، ولكنها لم تفعل بل أخذت بالحكم العكسى وأطلقته على الحالتين معاً .
ثم هى لم تستند فيما ذهبت اليه من حكم مخالف اجماع الفقه والقضاء الفرنسيين الى غير حجة واحدة ، هى أن الاساس التشريعى للتملك بالتقادم الطويل هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد ، فلا يقبل من المشترى الذى يتمسك البائع ضده بهذه القرينة أن يتمسك بالتزام الضمان الذى يوجب على البائع عدم التعرض له فى المبيع والذى يتنافى مع مشروعية وضع يد البائع على المبيع لان ذلك يعتبر منه اثباتاً لما يخالف القرينة القاطعة وهو غير جائز . . (وفى هذا المعنى أيضاً نقض مدنى ٢٦ أكتوبر ١٩٦١ المحاماة ٤٢ – ٣٧٣ – ٥٣٨ مجموعة أحكام النقض ١٢ – ٦١٤ – ٩٥ ، وأيضاً ٢٨ مارس ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ – ٣٩٨ – ٢٦٢ ، وأيضاً ١٣ يناير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ – ١٢٣ – ١٧) .

غير أن هذا الاساس ذاته الذى استندت اليه المحكمة العليا محل نظر ، فقد سبق أن بينا فى كتاب الاثبات وفى موجزه (نبذة ١٥٩ مكررة) أن النص على التقادم المكسب ليس نصاً منشئا قرينة قانونية قاطعة بل يتضمن قاعدة موضوعية مبنية على الغالب من الاحوال مؤداها اعتبار التقادم طريقا من طرق اكتساب الملكية . وهذا الطريق يفترض وضع اليد بشكل لا يتعارض مع سند الحائز ولا مع التزاماته الشخصية . ولاشك فى أن وضع يد البائع على المبيع بعد أن يكون قد سلمه الى المشترى يعتبر تعرضا من البائع يتنافى مع التزامه بالضمان ويجعله بالتالى غير صالح للاعتداد به كأساس للتقادم المكسب .

على أنه يمكن أن يقال تبريراً لما ذهبت اليه محكمة النقض أنه اذا كان الالتزام بضمان التعرض أبدياً لا يرد عليه التقادم، فان الدعوى التى تحمى حق المشترى المقابل لهذا الالتزام يرد عليها التقادم كما يرد على دعوى ضمان الاستحقاق (التزام الضمان الجزائى) ، وبالتالى فانه اذا سكت المشترى على تعرض البائع خمس عشرة سنة بعد حدوثه ، فتسقط دعواه قبل البائع ويزول بذلك ما كان يعيب وضع يد الأخير فيجوز من هذا الطريق تبرير تثبيت ملكية البائع ضد المشترى .

غير أن هذا الذى نحاول به تبرير مذهب محكمة النقض فى حكمها الأول كان يقتضيها أن تأخذ فى القضية الثانية بدفاع المطعون عليهم ، ولكنها لم تأخذ به بل نقضت الحكم المطعون فيه لأخذه به ، وكان يكفيها فى ذلك أن تقرر أن هذا الدفاع يتنافى مع التزام الضمان الناشىء من عقد البيع على عاتق مورث المطعون عليهم ، ولكنها لم تقتصر على ذلك بل قررت أنه يمتنع على ورثة البائع منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب العقد « الا اذا توافرت =

بالضمان يمنعه من وضع يده على المبيع رغم ارادة المشترى ، ومن باب أولى يمنعه من تملكه من طريق وضع يده عليه المدة الطويلة . ولا يصح أن يعترض على ذلك بأن البائع بعد أن سلم المبيع الى المشترى ينقضى التزامه كبائع ويصبح بالنسبة للمشترى — وفى خصوص المبيع — كغيره من الناس. فاذا وضع يده على المبيع من جديد كان شأنه فى ذلك شأن أى شخص آخر يستطيع تملكه بالتقادم ، لأن هذا الاعتراض مردود بأن البائع يبقى بعد أن يسلم المبيع ملزما بالضمان التزاماً أبدياً[1]، ويختلف فى ذلك عن غيره من الناس ، فيمتنع عليه هو بالذات وضع يده على المبيع ، ومن باب أولى يمتنع عليه تملكه من طريق التقادم المكسب . واذا كانت محكمتنا العليا قد سلمت بأنه لا يجوز للبائع أن يدفع بالتقادم المسقط دعوى المشترى بتثبيت ملكيته لأنها رأت فى هذا الدفع تعرضا من البائع للمشترى واخلالا منه بالتزام الضمان[2] ، فمن باب أولى يجب أن يعتبر كذلك اعادة البائع وضع يده على المبيع بعد تسليمه وادعاؤه تملكه اياه من طريق التقادم المكسب[3] .

=لديهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية، ونرى أن هذه العبارة الأخيرة تزيد فى هذا الحكم لم يكن يقتضيها الفصل فى الطعن المعروض عليها ، وانما استطردت المحكمة لها تحت تأثير ما كانت قررته فى هذا الشأن فى حكم سنة ١٩٤٩ المشار اليه، وكنا نؤمل أن تتاح لها فرصة أخرى لاعادة النظر فى قضائها، وقد واتتها الفرصة ، ولكنها ثبتت على رأيها هذا فى أحكامها التالية (انظر نقض مدنى ٢٦ اكتوبر ١٩٦١ المحاماة ٤٢ — ٣٧٣ — ٥٣٨ مجموعة احكام النقض ١٢ — ٦١٤ — ٩٥، ٢١ مارس ١٩٦٣ مجموعة احكام النقض ٤٤ — ٣٥٥ — ٥٦ ، ٢٨ مارس ١٩٦٣ مجموعة احكام النقض ١٤ — ٣٩٨ — ٢٦٢ ، ١٣ يناير ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض ١٧ ـ ١٢٣ ـ ١٧) .

(١) انظر ماسيجيه فى نبذة ٣٤٢

(٢) أنظر الأحكام المشار اليها فيما تقدم فى نبذة ٢٠٢ .

(٣) قارن عكس ذلك اسمعيل غانم فى ص ١٧٢ حيث يعكس هذه الحجة فيقول « ولا نرى مبرراً لهذه التفرقة بين التقادم المكسب والتقادم المسقط . فاذا كان التزام البائع بالضمان لايحول دون اكتساب البائع الملكية بالتقادم المكسب ، فيجب منطقياً الا يحول دون تمسكه بالتقادم المسقط لالتزامه بنقل الملكية ولالتزامه بالتسليم ، والأمر بعد متوقف على تحديد المقصود من أبدية الالتزام بالضمان . فاذا كان معناه أنه لايجوز للبائع أبداً أن ينازع=

أما التعرض المادى فيكون بأى فعل مادى يعكر به البائع حيازة المشترى دون أن يستند فى القيام به الى أى حق يدعيه على المبيع .

ويلتزم البائع أن يمتنع عن التعرض المادى للمشترى ولو كان الفعل المكون لهذا النوع من التعرض ليس فى ذاته خطأ ولا تتوافر فيه شروط الفعل الضار بل يعتبر فعلا جائزاً للغير ، وذلك لأن البائع يختلف عن الغير فى أنه نقل الى المشترى مزايا ملكية المبيع والانتفاع به ، فصار ملزما أن لا يفوت بفعله هذا الانتفاع على المشترى .

فاذا باع التاجر متجره فلا يجوز له أن يفتح متجراً مماثلا له بالقرب منه وان كان ذلك يجوز لغيره ، لأنه بالبيع قد التزم أن لا يفوت على المشترى

= المشترى حقوقه التى استمدها من عقد البيع، وجب أن يكون الالتزام بالضمان مانعا للبائع من التمسك بالتقادم المكسب والتقادم المسقط على السواء وهذا هو ماجرى عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية . أما التفرقة بين التقادم المكسب والتقادم المسقط فليس لها مبرر » .

ويلاحظ على ذلك أن المقصود بأبدية التزام الضمان هو التزام الضمان الأصلى الذى محله امتناع البائع عن التعرض للمشترى ودفع تعرض الغير له لا التزام الضمان الجزائى الذى يخول المشترى الرجوع على البائع بالتعويضات عن استحقاق المبيع ، وأن الأول أبدى لا يرد عليه التقادم مهما طال عليه الزمن . أما الثانى فليس أبدياً ويتقادم بخمس عشرة سنة من وقت الحكم النهائى باستحقاق المبيع للغير . فاذا رفع المشترى دعوى تثبيت الملكية على البائع بعد خمس عشرة سنة من العقد ودفعها البائع بالتقادم المسقط ، كان للمشترى أن يرد هذا الدفع بالتمسك بالتزام الضمان الأصلى الذى يقع على عاتق البائع والذى يعتبر التزاما أبديا لا يرد عليه التقادم . أما اذا كان البائع قد سلم المبيع الى المشترى ثم انتزعه منه مخلا بالتزام الضمان الأصلى وسكت المشترى على هذا التعرض ولم يرفع دعواه الا بعد مضى خمس عشرة سنة على التعرض ، جاز دفع هذه الدعوى بالتقادم المسقط لأن موضوعها التزام الضمان الجزائى وهو التزام فورى ينشأ ويصير مستحقاً من وقت وقوع التعرض ويسقط بالتقادم بمضى خمس عشرة سنة من هذا الوقت . غير أنه فى هذه الحالة اذا كانت الملكية سبق أن انتقلت الى المشترى بتسجيل عقده مثلا ان كان المبيع عقاراً ، جاز للمشترى رغم تقادم دعوى ضمان الاستحقاق أن يرفع دعوى تثبيت ملكيته لأن هذه الدعوى دعوى عينية متفرعة عن حق الملكية الذى انتقلت اليه ، فيكون حكمها حكم حق الملكية نفسه ، وهو حق دائم لا يرد عليه التقادم المسقط (قرب من ذلك لبيب شنب نبذة ١٢٩ ص ١٧٢) .

منفعة المبيع ، ولأن فتح المتجر الجديد من شأنه أن يحول اليه عملاءه السابقين وأن يفوت بذلك على المشترى منفعة المتجر الذى اشتراه[1] (راجع ماتقدم فى نبذة ٨٦) .

وكذلك اذا باع المالك بئراً ، فلا يجوز له أن يحفر فى ملكه غيرها بالقرب منها اذا كان ذلك يؤدى الى نقص ماء البئر المبيعة أو نضوبها ، ولو أن ذلك يجوز لغير البائع بالقدر الذى لا يعتبر منه اساءة لاستعمال حقه .

٢٠٣ — *التعرض الصادر من الغير* — اذا كان التعرض الصادر من الغير تعرضاً مادياً أى غير مبنى على سبب قانونى ، كتعرض المغتصب ، فان البائع لا يكون مسئولا عنه ، ويكون على المشترى أن يدفع هذا التعرض بكافة الوسائل التى كفل بها القانون حق الملكية وحيازة الأموال .

أما اذا كان تعرض الغير مبنيا على سبب قانونى ، أى مستنداً الى حق مقرر للغير على المبيع ، فان كان هذا الحق موجوداً وقت البيع — ولو كان الغير تلقاه من مالك سابق — أو كان قد وجد بعد البيع ولكن بفعل البائع نفسه ، فان البائع يضمنه كما يضمن التعرض الصادر منه شخصياً ، والا فلا يضمنه .

وقد كانت المادة ٣٠٠/٣٧٤ مدنى قديم تشترط فى ضمان البائع التعرض الصادر من الغير أن يكون هذا التعرض مستنداً الى حق عينى على المبيع ، بحيث

(١) نقض مدنى ٧ يونية ١٩٦٢ مجموعة احكام النقض ١٣—٧٦٤ — ١١٤ وقد جاء فيه أن ضمان البائع المترتب على بيع المتجر يلزم البائع بعدم التعرض للمشترى فى انتفاعه بالمتجر وبالاقلاع عن كل عمل يكون من شأنه الانتقاص من هذا الانتفاع مما يتفرع عنه أن الالتزام بعدم المنافسة فى شتى صوره ومنها حظر التعامل مع العمـــلاء — لايكون باطلا الا اذا تضمن تحريم الاتجار كلية على البائع لأنه يكون فى هذه الحالة مخالفاً لمبدا حرية التجارة وحرية العمل وهما من النظام العام . أما اذا كان الشرط محدداً من حيث الموضوع ومن حيث الزمان أو المكان وكان التحديد معقولا وهو مايدخل فى السلطة التقـــديرية لمحكمة الموضوع ، فانه يكون صحيحاً » .

اذا كان التعرض مستنداً الى حق شخصى كحق مستأجر العقار فلا يضمنه البائع . وقد قضت المحاكم بأن البائع لا يسأل عن تعرض المستأجر للمشترى ولو كان حق المستأجر مقرراً فى سند ثابت التاريخ قبل البيع[1] .

وكان هذا الشرط منتقداً لأن حق المستأجر اذا كان ثابت التاريخ فانه ينفذ فى حق المشترى ويؤثر فى انتفاعه بالمبيع، وقد يلحق به ضرراً جسيما وبخاصة اذا كانت مدته طويلة أو كانت الأجرة فيه قد عجلت . فبماذا يبرر عدم ضمان البائع تعرض المستأجر مع أن الأخير يستند الى حق تلقاه من من البائع نفسه ولم يعلم به المشترى وكان الواجب على البائع أن يعلمه به؟ .

لذلك عدل التقنين الحالى فى المادة ٤٣٩ منه عن اشتراط استناد الغير فى تعرضه الى حق عينى ، واكتفى بأن يكون للغير « حق على المبيع يحتج به على المشترى » ، سواء كان ذلك الحق عينياً أو شخصياً ، فيضمن البائع عدم تعرض المستأجر للمشترى كما يضمن عدم تعرض صاحب حق انتفاع أو ارتفاق أو دائن مرتهن الخ .

٢٠٤ — *محل التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق* — محل هذا الالتزام أولا أن يمتنع البائع عن التعرض بنفسه الى المشترى فى حيازة المبيع وفى الانتفاع به ، وثانيا أن يدفع البائع عن المشترى كل تعرض قانونى صادر من الغير .

فاذا تعرض البائع بنفسه للمشترى سواء كان تعرضه قانونياً أو مادياً ، كان ذلك اخلالا منه بالتزام الضمان يخول المشترى وفقا للقواعد العامة أن يطلب اما فسخ العقد مع التعويض ، واما وقف التعرض والتعويض عما

(١) انظر نقض ١٠ ديسمبر ١٩٣١ القانون والاقتصاد ٣ ص ١١ ، استئناف مصر ١٩ اكتوبر ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ — ٨٠٠ — ٢٧٢ .

نشأ بسببه من ضرر . واذا كان تعرض البائع قانونيا كان للمشترى حق الدفع بالضمان exception de garantie . فاذا لم يتمكن المشترى من وقف التعرض وأدى ذلك الى الحكم للبائع باستحقاقه المبيع بناء على حق كسبه بعد البيع ، كان للمشترى أن يطالبه بالتنفيذ بمقابل . وسنرى أن الجزاء الذى نص عليه المشرع فى شأن ضمان الاستحقاق بالذات لا يختلف عن حكم القواعد العامة.

واذا كان التعرض تعرضاً قانونياً صادراً من الغير، وجب على البائع أن يدفعه عن المشترى. ويعتبر التزامه بذلك التزاماً بغاية obligation de résultat لا التزاماً بوسيلة obligation de moyen ، فلا يقبل منه القول بأنه بذل أقصى جهده فى دفع التعرض فلم يوفق ، بل يعتبر مخلا بالتزامه بمجرد نجاح الغير فى تعرضه والحكم لذلك الغير بأى حق مما ادعاه على المبيع .

على أن التزام البائع بدفع التعرض الصادر من الغير معلق على شرط رفع دعوى من الغير على المشترى وقيام المشترى باخطار البائع بها . وليس لهذا الاخطار شكل معين ، فلا يلزم أن يكون بانذار رسمى ، ويجوز ان يحصل بخطاب موصى عليه أو بخطاب عادى، بل يجوز أن يحصل شفويا . ويقع فى جميع الأحوال على عاتق المشترى اثبات حصوله . ومتى تحقق هذا الشرط وجب على البائع أن يتدخل فى الدعوى وفقا لقانون المرافعات الى جانب المشترى ، أو أن يحل فيها محله اذا طلب المشترى اخراجه منها[1] (المادة ٤٤٠ فقرة أولى) .

---

(١) ومصلحة المشترى فى طلب اخراجه من الدعوى اخلاؤه من المسئولية عن مصروفاتها فيما لو ثبت حق المدعى وحكم له به. ولكن يقابل ذلك أن للمشترى مصلحة فى البقاء فى الدعوى حتى يشرف على سيرها ويتحاشى تقصير البائع فى الدفاع أو تواطئه مع مدعى الاستحقاق . لأن الحكم الذى يصدر فى دعوى الاستحقاق ضد البائع يكون حجة عليه هو أيضا .واذا حكم باخراج المشترى من دعوى الاستحقاق، فانه يظل خصما فى دعوى الضمان الفرعية كى يحكم له على البائع الضمان فى حالة الحكم بالاستحقاق للغير (السنهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٦٦٨).

ويحصل تدخل البائع فى الدعوى بصحيفة تعلن للخصوم قبل يوم الجلسة أو بطلب يقدم شفويا فى الجلسة ويثبت فى محضرها ، على أن يتم ذلك قبل قفل باب المرافعة (المادة ١٥٤ مرافعات) .

ويجوز للمشترى ألا يكتفى بمجرد اخطار البائع وأن يطلب ادخاله فى الدعوى باعتباره ضامنا وفقا للدة ١٤٣ مرافعات وما بعدها فتأمر المحكمة بادخال البائع فيها ، ويكون ادخاله بتكليف بالحضور للجلسة التى أجلت المحكمة اليها نظر الدعوى حين أمرت أو رخصت بادخاله فيها .

ويجوز للبائع أن يتدخل فى الدعوى بمجرد علمه بها من أى طريق كان ولو لم يخطره بها المشترى ، لأن له مصلحة فى أن ينضم الى جانب المشترى وأن يدفع عنه تعرض الغير ، وفاء لالتزامه بالضمان ودرءاً لمسئوليته عن استحقاق المبيع للغير (المادة ١٥٣ مرافعات) .

فاذا تدخل البائع فى الدعوى بعد اخطار المشترى اياه او دون يخطر ، او ادخل فيها بناء على طلب المشترى أو حتى بناء على طلب الغير ، فان تمكن من دفعها ، كان ذلك تنفيذاً عينياً منه لالتزام الضمان[1] . أما اذا فشل فى دفاعه وحكم للغير باستحقاق مايدعيه على المبيع ، كان ذلك اخلالا منه بالتزام الضمان يستتبع توقيع الجزاء عليه كما سيأتى ، وجاز للمشترى أن يطلب الحكم له على البائع فى الحكم ذاته الذى يقضى للغير بالاستحقاق .

واذا أخطر البائع بدعوى الاستحقاق ولم يتدخل فيها فى الوقت المناسب

---

(١) السنهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٦٦٧ . وتقول محكمة النقض فى ذلك انه متى كان الحكم قد انتهى الى أن المتعرض للمشترى وهو من الغير لم يكن على حق فى تعرضه وأن البائع قد باع ما يملك ، فان مؤدى ذلك أن ينفك عن البائع التزامه بضمان التعرض القانونى عملا بالفقرة الأخيرة من المادة ٤٤١ من القانون المدنى ولا يعيب الحكم وصفه ذلك التعرض بأنه مادى ، ذلك أن وجه الرأى فى الحكم لا يتغير سواء أسبغ الحكم على التعرض المذكور صفة التعرض المادى أو القانونى لأن البائع فى النهاية لا يكون ملزماً بضمان التعرض فى الحالين على أساس انفكاك الضمان عن البائع ان كان تعرضا قانونياً وعدم ترتب هذا الضمان ان كان التعرض مادياً (نقض مدنى ٢ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ — ٦٣١ — ٨٩ ج) .

كان ذلك أيضاً اخلالا منه بالتزام الضمان يستتبع مسئوليته. فاذا نجح المشترى في دفع دعوى المتعرض بنفسه ، كان له الرجوع على البائع بكافة ما تكبده من نفقات وما لحقه من أضرار بسبب هذه الدعوى فيما عدا ما حكم له به منها على المتعرض . أما اذا لم يوفق فى دفع دعوى الغير ، كان له الرجوع على البائع بكافة التعويضات التى يشملها ضمان الاستحقاق كما سيجىء بيانها . وكذلك اذا اقتنع المشترى بأحقية المتعرض بناء على اسباب معقولة وأقر له بحقه أو تصالح معه عليه ليتجنب استمرار السير فى دعوى على غير حق . غير أنه لما كان يخشى فى هاتين الحالتين الأخيرتين أن يتواطأ المشترى مع الغير فيسلم له بدعواه أو يقصر فى دفعها اعتماداً على ضمان البائع ، سمح التقنين المدنى الحالى للبائع - بالرغم من قعوده عن الوفاء بالتزام الضمان الاصلى - أن يدفع عن نفسه التزام الضمان الجزائى اذا أثبت فى الحالة الأولى أن الحكم الصادر فى دعوى الاستحقاق كان نتيجة تدليس من المشترى أو لخطأ جسيم منه (المادة ٤٤٠ فقرة ثانية) ، أو أثبت فى الحالة الثانية أن المتعرض لم يكن على حق فى دعواه وأن المشترى قد تسرع فى الاقرار بالحق الذى ادعاه المتعرض أو فى التصالح معه عليه ، وخول القانون البائع فوق ذلك فى هذه الحالة الأخيرة أن يتخلص من ضمان الاستحقاق بأن يرد للمشترى المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات (المادة ٤٤٢) .

أما اذا لم يخطر المشترى البائع بالدعوى فى الوقت الملائم ، وفشل فى دفع تعرض الغير بنفسه حتى صدر عليه حكم حاز قوة الشىء المحكوم فيه ، كان هذا الحكم حجة أيضا على البائع[1] ، ولكن يجوز لهذا اذا رجع عليه

---

(١) وهذا بخلاف الحكم الذى يصدر ضد البائع وحده بعد تسجيل المشترى عقده ، فانه لايكون حجة على المشترى . وقد قضت محكمة النقض بأن البائع لايمثل المشترى منه فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع ، ومن ثم فالحكم الصادر ضد البائع باعتباره غير مالك العين المبيعة لايعتبر حجة على المشترى الذى سجل عقد شرائه قبل صدور هذا الحكم ولم يختصم فى الدعوى (نقض مدنى ٢٨ أكتوبر ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ - ٩٢٩ - ١٤٧) .

المشترى أن يدفع دعوى الرجوع بأن استحقاق المبيع للغير راجع الى خطأ المشترى نفسه فى عدم اخطاره بدعوى الاستحقاق اذا أثبت أن تدخله فى هذه الدعوى كان يؤدى الى رفضها[1] . وقد نصت على ذلك المادة ٤٤٠ فقرة ثالثة وهى لا تعدو أن تكون تطبيقاً للقواعد العامة فى اعفاء المدين من مسئولية عدم الوفاء الذى يكون راجعا الى خطأ الدائن (المادتين ٢١٥ و ٢١٦ مدنى).

ولا يسقط حق المشترى فى الضمان تراخيه فى تسجيل عقده ولو ترتب على هذا التراخى نزع ملكية المبيع من تحت يده[2] .

٢٠٥ — عدم قابلية الالتزام بالضمان للتجزئة — ولأن محل الالتزام بالضمان امتناع عن التعرض الشخصى أو قيام بدفع تعرض الغير ، يكون هذا الالتزام غير قابل للتجزئة شأنه فى ذلك شأن سائر الالتزامات بعمل أو بامتناع .

ويترتب على ذلك أنه اذا باع عدة أشخاص مالا مملوكاً للغير ، ثم كسب أحدهم بعد ذلك ملكية المبيع ، لم يجزأ له أن يستند الى هذه الملكية التى كسبها بعد البيع ليطالب المشترى بالمبيع كله أو بعضه لأنه ضامن للمشترى سلامة البيع ، ولأن هذا الضمان لا يتجزأ فلا يجوز قصره على حصة هذا البائع فى عقد البيع والسماح له بالمطالبة بما جاوز هذه الحصة[3] .

وكذلك اذا تعدد البائعون أو ورث البائع عدة ورثة وكانت التركة غير مستغرقة بالدين، ثم تعرض أجنبى للمشترى تعرضاً قانونياً ، فأخطر هذا البائعين أو الورثة بالتعرض وطلب اليهم دفعه ، وجب على كل منهم أن يدفع عن المشترى التعرض الصادر من الغير فى أى جزء من المبيع ، لأن محل التزامه اثبات عدم أحقية الغير فى دعواه ، وهذا الاثبات غير قابل للتجزئة[4].

وكذلك اذا ظهر أن المال الذى باعه المورث كان مملوكا لأحد ورثته ،

(١) الاسكندرية الابتدائية الأهلية ٢٧ يناير ١٩٤٠ المحاماة ٢١ — ٦٠٦ — ٢٦٧ .
(٢) نقض مدنى أول فبراير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ ـ ٢٠٥ ـ ٢٧ .
(٣ و ٤) السنهورى فى الوسيط ج ٤ نبذة ٣٣٢، مصر الابتدائية الأهلية ٥ ديسمبر ١٩٢٩ المحاماة ٢٠ ـ ٩٥٩ ـ ٣٩٨ .

فان هذا الوارث لا يجوز له مطالبة المشترى برد المبيع اليه ولو بعد استبعاد ما يقابل نصيبه فى التزامات المورث نظراً لعدم قابلية الالتزام بالضمان للتجزئة[١] . أما اذا كانت التركة مستغرقة بالدين فلا ينتقل الى ورثة البائع التزام الضمان المتخلف عن مورثهم عملا بقاعدة أن لاتركة الا بعد سداد الديون .

٢٠٦ — *التزام الضمان الأصلى والتزام الضمان الجزائى* — يلتزم البائع فى الأصل بالامتناع عن التعرض الشخصى وبدفع كل تعرض قانونى يصدر من الغير . وهذا هو التزامه الأصلى الذى ينشأ مباشرة من عقد البيع ويعتبر التزاماً مستمراً[٢] أى من نوع الالتزامات التى لايتم تنفيذها دفعة واحدة أو عدة دفعات بل يتجدد تنفيذها واستحقاقها بتجدد الزمن مدة معينة أو غير معينة وقد تقدم أن هذا الالتزام غير قابل للتجزئة .

فاذا أخل البائع بهذا الالتزام الأصلى ، وترتب على ذلك تفويت الانتفاع بالمبيع على المشترى بعض الوقت أو استحقاق المبيع كله أو بعضه للغير ، التزم البائع بتعويض المشترى عما أصابه من ضرر بسبب ذلك . ويعتبر التزامه بالتعويض التزاماً جزائياً ينشأ من الاخلال بالالتزام الأصلى بالامتناع عن التعرض الشخصى وبدفع تعرض الغير[٣]. ولايحق للمشترى المطالبة بهذا التعويض الا من وقت الحكم النهائى بالاستحقاق[٤]. ولأن محل هذا الالتزام دفع مبلغ من النقود على سبيل التعويض ، يعتبر هذا الالتزام التزاماً فورياً قابلا للتجزئة .

---

(١) اظر السنهورى فى الوسيط ج٤ نبذة ٣٣٢ ، امام نبذة ٢١٤ ، البدراوى نبذة ٢٩٣ ، منصور نبذة ٨١ .

(٢) نقض مدنى ١٧ ديسمبر ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ — ٨١٠ — ١٢٢ ، نقض مدنى ١٣ يناير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ — ١٢٣ — ١٧ .

(٣) استئناف مصر ٦ مارس ١٩٤٠ المحاماة ٢١ — ٢٤٢ — ١١٤ .

(٤) الاسكندرية الابتدائية ٢٧ يناير ١٩٤١ المحاماة ٢١ — ٦٠٦ — ٢٦٧ .

فاذا تعدد البائعون ووقع تعرض للمشترى ، جاز للأخير أن يطالب كلا من البائعين بمنع التعرض كله دون تجزئة لأنه انما يطالبهم فى ذلك بتنفيذ الالتزام الأصلى وهو غير قابل للتجزئة . أما اذا أصاب المشترى ضرر من هذا التعرض سواء بلغ هذا الضرر حد الاستحقاق الكلى أو اقتصر على الاستحقاق الجزئى أو على تفويت منفعة المبيع بعض الوقت ، فانه يرجع على البائعين بالتعويض عن ذلك الضرر ويطالب كلا منهم بقدر من التعويض يقابل نصيبه فى المبيع ، وذلك لأن الالتزام بالتعويض قابل للتجزئة(١).

ويترتب على كون الالتزام الأصلى مستمراً والالتزام الجزائى فورياً أن التقادم يرد على الثانى دون الأول لأن الالتزام المستمر وبخاصة اذا كان محله سلبياً كما هو التزام الضمان الأصلى يعتبر تنفيذه مستمراً فلا يسقط ابداً ولا يتصور فيه التقادم أصلا . أما الالتزام بالتعويض ، فلأنه يستحق بمجرد الاخلال بالالتزام بالامتناع عن التعرض ، يرد عليه التقادم من وقت استحقاقه(٢). وقد نصت المادة ٣٨١ مدنى على أن يسرى التقادم بالنسبة الى ضمان الاستحقاق من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق .

---

(١) مصر الابتدائية الأهلية ٥ ديسمبر ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ ـ ٩٥٩ ـ ٣٩٨ .

(٢) السنهورى فى الوسيط ج ٤ نبذة ٣٣٥ .وقد حكم فى ظل التقنين الملغى بأن مدة تقادم دعوى الرجوع بضمان الاستحقاق تبدأ من تاريخ الحكم نهائياً بالاستحقاق، لا من تاريخ تحرير عقد البيع ولا من تاريخ البدء فى النزاع فى الاستحقاق (الاسكندرية الابتدائية ٢٧ يناير ١٩٤١ المحاماة ٢١ ـ ٦٠٦ ـ ٢٦٧) .

وقضت محكمة النقض فى حكم حديث لها فى ظل التقنين الحالى بأن القاعدة سواء فى التقنين المدنى القديم أو القائم أن التقادم المسقط لا يبدأ سريانه الا من الوقت الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء ، مما يستتبع أن التقادم لا يسرى بالنسبة الى الالتزام المعلق على شرط موقف الا من وقت تحقق هذا الشرط . واذا كان ضمان الاستحقاق التزاما شرطيا يتوقف وجوده على نجاح المتعرض فى دعواه، فان لازم ذلك أن التقادم لا يسرى بالنسبة لهذا الضمان الا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق بصدور حكم نهائى به لا من وقت رفع الدعوى بالاستحقاق (نقض مدنى ١٠ مارس ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ ـ ٥٦٤ ـ ٧٧) . قارن نقض مدنى ٥ ديسمبر ١٩٤٠ المجموعة ٤٢ ـ ١٧٦ ـ ١٠٩ .

غير أن هذه التفرقة بين التزام الضمان الأصلي والتزام الضمان الجزائي لم تلق فيما مضى ما تستحقه من عناية ، بل كثيراً ماوقع الخلط بينهما وكان ذلك سبباً فى الخلاف على تاريخ نشوء التزام الضمان ، فأرجعه بعضهم الى تاريخ البيع ، وربطه الآخرون بتاريخ وقوع التعرض أو الاستحقاق(١) . وكان كل من الفريقين يستدل على رأيه بحجج ظاهرة الوجاهة ويستند فى ذلك الى نصوص من القانون . والواقع أن كلا منهما محق فيما ذهب اليه حسب وجهة نظره ، فالفريق الأول نظر الى الالتزام الأصلي بالضمان وهو فعلا ينشأ من وقت البيع ، والفريق الثانى نظر الى الالتزام الجزائي وهو لاينشأ حقا الا من وقت التعرض ، وقد فصلت محكمة النقض فى هذه المسألة فى قضية كان يدور فيها البحث حول تعيين وقت نشوء الدين الذى يترتب فى ذمة البائع بسبب استحقاق المبيع للقول بجواز تمسك البائع بقانون خمسة الأفدنة الذى صدر فى الفترة مابين البيع والاستحقاق أو بعدم جوازه، فقالت محكمة النقض فى ذلك بتاريخ ٥ ديسمبر ١٩٤٠ « لايوجد فيما أورده القانون من نصوص فى صدد حق الضمان الذى قرره للمشترى على البائع ما يحدد وقت نشوء هذا الحق ، أهو وقت عقد البيع أو وقت التعرض الفعلى ، فان المادتين ٢٦٦ و ٣٠٠ من القانون المدنى قد نصتا فقط على الزام البائع بأن يمكن المشترى من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة . فاذا حصل التعرض للمشترى وجب عليه وفقا للمادة ٣٠٤ أن يرد اليه الثمن مع التضمينات . أما المواد الأخرى فلا تتضمن سوى الأحكام التى تراعى فى تعيين الثمن وتقدير التضمينات ، واذن ففقه القانون هو الذى يحدد هذا الوقت . واذ كان الحق لايعتبر موجوداً الا من الوقت الذى يمكن قانوناً المطالبة به ، فان حق الضمان لاينشأ الا من وقت منازعة الغير للمشترى فى

---

(١) استئناف مصر ٦ مارس ١٩٤٠ المحاماة ٢١ — ٢٠٤٢ — ١١٤ .

المبيع . ومما يؤيد هذا النظر ما هو مقرر من أن مجرد خشية المشتري تعرض الغير أو علمه بوجود حق للغير على المبيع لا يخوله حق الرجوع على البائع بالضمان ما دام لم يحصل له تعرض فعلي ، وما ذلك الا لأن التعرض هو منشأ الحق في الضمان ، وأن البائع قبل حصول أي تعرض له ليس عليه من التزام سوى تمكين المشتري من الحيازة الهادئة ، (المحاماة ٢١ — ٧٢٢ — ٣١٦) .

وظاهر من ذلك أن المحكمة اذا قررت أن حق الضمان لا ينشأ الا من وقت منازعة الغير للمشتري في المبيع انما نظرت في ذلك الى التزام الضمان الجزائي أي الى الالتزام بالتعويض عن الاستحقاق ، ولكن لم يفتها أن تلاحظ في الوقت ذاته نشوء الالتزام الأصلي بالضمان من وقت العقد حيث قررت « أن البائع قبل حصول أي تعرض له ليس عليه من التزام سوى تمكين المشتري من الحيازة الهادئة » .

٧٠٢ — *شرط نشوء التزام الضمان الجزائي* — يشترط في نشوء التزام الضمان الجزائي أن يخل البائع بعد تسليمه المبيع الى المشتري[1] بالتزام الضمان الأصلي اخلالا يترتب عليه ضرر فعلي للمشتري، أي أن يقع تعرض من البائع نفسه أو تعرض قانوني من الغير فلا يقوم البائع بدفعه[2]. فلا يكفي مجرد ظهور حق للغير

(١) أما عدم تسليم البائع المبيع الى المشتري فلا يعتبر تعرضا ولا يترتب عليه جزاء الالتزام بالضمان وانما يترتب عليه حق المشتري في تنفيذ التسليم عينا أو في التعويض عن عدم التسليم . ويعتبر الرجوع بهذا التعويض طلبا مغايراً للرجوع بضمان التعرض والاستحقاق . وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان المشتري قد أقام مطالبته بالتعويض على أساس اخلال البائع بالتزامه بضمان التعرض والاستحقاق دون أن يؤسسها على اخلال البائع بالتزامه بتسليم المبيع ولم يتمسك بهذا الدفاع الأخير أمام محكمة الموضوع ، فان النعي على الحكم بأنه لم يبحث الدعوى على أساس اخلال البائع بهذا الالتزام يكون سبباً جديداً لا يجوز اثارته لأول مرة أمام محكمة النقض (نقض مدني ٢ مايو ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ — ٦٣١ — ٨٩/ب) .

(٢) ومن قبيل التعرض القانوني الصادر من الغير الذي يعجز البائع عن دفعه استيلاء الاصلاح الزراعي على المبيع في يد المشتري بسبب عدم ثبوت تاريخ عقده قبل ١٩٥٢/٧/٢٣ طبقاً للمادة الثالثة من القانون رقم ١٩٥٢/١٧٨ الخاص بالاصلاح الزراعي . وقد قضت محكمة النقض بأن المناط عند الاستيلاء على المساحات الزائدة تنفيذا للقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ =

على المبيع اذا كان هذا الغير لم يرفع أية دعوى على المشترى ولم يتخذ أى اجراء يخشى معه أن يؤدى الى سلب المشترى منفعة المبيع كلها أو بعضها[1] . فاذا ظهر أن العقار المبيع مرهون رهناً رسميا ، فان ذلك فى ذاته لا يعتبر تعرضاً للمشترى ولا يجيز للأخير أن يطالب البائع بضمان الاستحقاق (أى بالتزام الضمان الجزائى) ، وان كان يخوله حق مطالبة البائع بتخليص المبيع من هذا الرهن بحيث اذا لم يقم البائع بذلك جاز للمشترى فسخ العقد مع التعويضات وفقا للقواعد العامة[2] .

ويشترط ايضاً فى نشوء هذا الضمان أن يكون المشترى غير عالم وقت العقد بسبب التعرض أو الاستحقاق ، لأنه لو كان عالماً به يعتبر مشترياً تحت مسئوليته à ses risques فلا يكون له رجوع بالتضمينات (المادة ٤٤٦)[3] . ويدخل تقدير علم المشترى بسبب الاستحقاق وتقصى

= الصادر بشأن الاصلاح الزراعى — الاعتداد بما لم يشهر من تصرفات المالك الصادرة الى غير فروعه وزوجه وأزواج فروعه والسابقة على يوم ١٩٥٢/٩/٩ تاريخ العمل بهذا القانون هو — على ماجرى به قضاء محكمة النقض — ثبوت تاريخ هذه التصرفات قبل يوم قيام الثورة فى ١٩٥٢/٧/٢٣ . فما لم يكن منها ثابت التاريخ قبل هذا اليوم لا يعتد به ، بمعنى أن يعتبر المتصرف فيه باقيا على ملك المتصرف فيما يختص بتطبيق أحكام الاستيلاء . فاذا كان الثابت أن عقد البيع محل النزاع ليس له تاريخ ثابت قبل ١٩٥٢/٧/٢٣ فان حق الاصلاح الزراعى فيما استولى عليه من الأطيان المبيعة الى المطعون عليه من الطاعنين يكون مستمدا منهما ومن ثم يكونان مسئولين قبل المطعون عليه (المشترى) عن هذا الاستيلاء مادام سببه راجعا اليهما » نقض مدنى أول فبراير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧—٢٠٥—٢٧ .

(١) السنهورى فى الوسيط ج ٤ نبذة ٣٤٠ .

(٢) ولا سيما اذا كان البائع قد التزم فى العقد بتطهير العين من كافة ماعليها من الحقوق العينية والقيود (نقض مدنى ٢٤ فبراير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ — ٤٤٣ — ٦١).

(٣) نقض مدنى ٧ يوليه ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ — ٩٢٠ — ١٤١ . وقد جاء فيه أنه اذا كان الأصل أنه لا يجوز للمشترى عند حصول تعرض له فى الانتفاع بالمبيع أو عند استحقاق هذا المبيع أن يرجع على البائع بالتعويضات اذا كان المشترى يعلم وقت البيع بسبب التعرض والاستحقاق ، الا أن التزام البائع القانونى بالضمان يقبل التعديل باتفاق العاقدين سواء على توسيع نطاقه أو تضييق مداه أو الابراء منه بحسب الغرض الذى يقصدانه من اتفاقهما » . =

ثبوته فى سلطة قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض ما دامت الأسباب التى يقيم عليها قضاءه ، سائغة تؤدى الى النتيجة التى انتهى اليها(١).

ويكفى فى نشوء التزام الضمان الجزائى أى تعرض ولو كان لا يترتب عليه سوى النقص فى قيمة المبيع أو حرمان المشترى حرمانا جزئياً من منفعة المبيع(٢) .

= ويعلل ذلك بأن علم المشترى بسبب التعرض أو الاستحقاق يعتبر بمثابة قبوله اعفاء البائع من الضمان . ومن أمثلة ذلك أن يكون مشترى المتجر عالما أن البائع قد انشأ متجراً آخر من نوع المبيع ، فلا يكون له رجوع على البائع بتعويض عن هذه المنافسة نظراً لعلمه بهذا التعرض وقبوله الشراء على هذا الأساس أو أن يكون مشترى العقار عالما أن البائع سبق أن باعه الى آخر بعقد غير مسجل فلا يكون له رجوع عليه بالتضمينات اذا سبقه المشترى الأول فى تسجيل عقده ، أو أن يكون المشترى عالما بوجود منازعة على المبيع ثم يحكم فى هذه المنازعة لصالح خصم البائع . قارن عكس ذلك السنهورى فى الوسيط جـ٤ ص٦٥١ و ص٧٠٠ .

(١) نقض مدنى ١٠ مارس ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ ـ ٥٦٤ ـ ٧٧ .

(٢) باع شخص لآخر محلا تجارياً بمافيه من بضائع وقبض الثمن وتعهد فى عقد البيع بألا يتجر فى البضائع التى يتجر فيها المشترى فى الشارع الذى يقع فيه المحل المبيع ولكنه فتح محلا بنفس العمارة التى بها المحل المبيع واتجر فى بعض أنواع البضائع التى شملها عقد البيع ، فأقام عليه المشترى الدعوى يطالبه فيها بدفع مبلغ على سبيل التعويض ، فقضت المحكمة باحالة الدعوى الى التحقيق ليثبت المشترى أن ضرراً لحقه من جراء اخلال البائع بشرط التحريم الوارد فى العقد حكمت فى الموضوع برفض دعوى المشترى لعجزه عن اثبات وقوع الضرر ، فطعن المشترى فى هذا الحكم التمهيدى الصادر باحالة الدعوى الى التحقيق .

وقد قررت محكمة النقض فى ٨ مارس ١٩٥٦ أن البائع أخل بواجب الضمان الذى يلزمه بوصفه بائعاً كما أخل بالشرط المتفق عليه فى عقد البيع وأن هذا الاخلال ان هو الا تعرض للمشترى فى بعض المبيع من شأنه أن ينقص من قيمته التى كانت الأساس الذى بنى عليه الطرفان تقدير الثمن عند التعاقد . ونقص قيمة المبيع على هذه الصورة هو بذاته الضرر الذى أصاب المشترى من تعرض البائع وهو ضرر مفترض بحكم واجب الضمان الملتزم به البائع يتحقق بمجرد الاخلال بهذا الواجب اذ هو يمثل ثمن الجزء من المبيع الذى حصل التعرض فيه من جانب البائع ـ ومن ثم فان الحكم التمهيدى اذ أحال الدعوى على التحقيق وكلف المشترى اثبات الضرر ، كما أن الحكم القطعى اذ أقام قضاءه بالتالى الحكم المستأنف وبرفض الدعوى بناء على عجز المشترى عن اثبات الضرر ـ يكونان قد خالفا القانون (مجموعة أحكام النقض ٧ — ٢٩١ — ٤٢ المحاماة ٣٧ — ٤٢١ — ٢٢٣) .

غير أن المشرع قد فرق فى مدى الجزاء بين حالة الاستحقاق الكلى وحالة الاستحقاق الجزئى .

٢٠٨ — أحوال الاستحقاق الكلى ومدى الالتزام الجزائى فيها :

(١) أحواله — الأصل فى الاستحقاق الكلى أن يكون بنزع المبيع كله من يد المشترى بمقتضى حكم يلزمه بترك المبيع لمدعى استحقاقه متى كان هذا الحكم صادراً فى مواجهة البائع ، أو كان البائع قد أخطر بالدعوى فى الوقت الملائم فلم يتدخل فيها ما لم يثبت هذا أن المشترى قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً كان هو السبب فى الحكم باستحقاق المبيع للغير .

وتعتبر أيضاً من قبيل الاستحقاق الكلى الحالات الآتية :

(١) اذا قرر المشترى ترك المبيع كله الى مدعى استحقاقه دون أن ينتظر صدور حكم ملزم له بذلك لظهور حق المدعى فيه . وقد نصت المادة ٤٤١ مدنى على أن « يثبت حق المشترى فى الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبى بحقه أو تصالح معه على هذا الحق دون أن ينتظر فى ذلك صدور حكم قضائى متى كان قد أخطر البائع بالدعوى فى الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل ، كل ذلك مالم يثبت البائع أن الأجنبى لم يكن على حق فى دعواه » .

ويلاحظ أن هذا النص أريد به التيسير على المشترى فى انهاء الدعوى المرفوعة عليه متى كان وجه الحق فيها ظاهراً ، فسمح له أن ينهيها بالاقرار للمدعى بحقه أو بالصلح معه على هذا الحق لأن تخلف البائع عن التدخل فى الدعوى يرجح أنه ليس له دفاع فيها . غير أن المشترى اذا أقدم على انهاء الدعوى من طريق الاقرار أو الصلح ، انما يفعل ذلك على مسئوليته ، فيجوز للبائع أن يلقى المسئولية على المشترى اذا أثبت بأدلة حاسمة أن الأجنبى لم يكن على حق فيما ادعى وأن المشترى قد أخطأ فيما صدر منه من اقرار أو

صلح خطأ يستوجب اسقاط حقه فى الرجوع على البائع . ولا يشترط لاخلاء مسئولية البائع أن يثبت هو وقوع غش أو خطأ جسيم من المشترى كما فى حالة صدور حكم بالاستحقاق دون تدخله فى الدعوى المرفوعة على المشترى ، ولكن لا يكتفى منه بأن يثبت أن المشترى لم يتمسك بدفع من الدفوع الخاصة به كالدفع بالتقادم المكسب او المسقط اذ ان التمسك بهذا الدفع متروك لتقدير المشترى شخصياً وقد تأبى ذمته أن يتمسك به فلا يلام على ذلك[1] .

(٢) اذا توقى المشترى استحقاق المبيع كله بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شىء آخر ، كما اذا كان المبيع مرهوناً وأنذر الدائن المرتهن المشترى بالدفع أو التخلية ، فقضى الأخير الدين واحتفظ بالمبيع . وقد نصت المادة ٤٤٢ مدنى على أن يكون للبائع فى هذه الحالة أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشترى المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات .

(٣) اذا احتفظ المشترى بالمبيع لسبب آخر غير عقد البيع ، كما اذا ثبت أن البائع غير مالك وورث المشترى المبيع أو اشتراه مرة ثانية من مالكه الحقيقى .

(٤) ويعتبر الفقه من قبيل الاستحقاق الكلى أيضاً عدم تمكن المشترى من وضع يده على المبيع لوجوده فى حيازة أجنبى تعرض للمشترى فى استلامه وأثبت أن المبيع مملوك له . غير أن محكمة النقض قد خالفت هذا الرأى واشترطت فيما يعتبر استحقاقا موجباً للضمان أن يكون المشترى قد تسلم المبيع ثم نزع منه ، أما اذا تعذر عليه استلامه لوجوده فى حيازة أجنبى ثبتت ملكيته للبيع ، فلا تنطبق على حالته قواعد ضمان الاستحقاق ، بل قواعد بطلان بيع ملك الغير ، وقد جاء فى

---

(١) انظر السنهورى فى الوسيط ج٤ ص ٦٦٩ هامش .

حكمها الصادر فى ١٤ مارس ١٩٤٠ « أن الواقعة الثابتة فى الحكم المطعون فيه والتى لانزاع فيها بين الطرفين تنحصر فى أن الطاعن أعطى المطعون ضدها أرضاً كانت تعتقد وقت البدل أن الطاعن يملكها ثم تبين لها وقت التسليم أنها خرجت عن ملكه ببيعه اياها الى وزارة الأشغال منذ ثلاث سنوات سابقة على البدل ، وأن التكييف القانونى الصحيح لهذه الواقعة هو بيع الشىء الذى لايملكه بائعه المنصوص عنه فى المادتين ٢٦٤ و٢٦٥ من القانون المدنى وأن ضمان البائع المترتب على البيع ينحصر فى تسليم المبيع للمشترى وعدم منازعته فيه من الغير . فاذا عجز البائع عن التسليم أو عجز عن كف منازعة الغير للمشترى وجب عليه الضمان، وهذا الضمان فى الحالتين مرجعه بيع البائع ما لايملك الا أن المبيع كان فى الحالة الأولى تحت يد الغير وقت البيع فتعذر التسليم ، وكان فى الحالة الثانية تحت يد المشترى فاسترده مالكه الحقيق ونزعت بذلك الملكية من ذلك المشترى ، وأنه يترتب على هذ الضمان بطلان البيع فى الحالة الأولى أو فسخه فى الحلة الثانية والزام البائع برد الثمن مع التضمينات » (المحاماة ٢٠ — ١٣٦٤ — ٦٠٢) .

وظاهر أن المحكمة خلطت فى هذا بين دعوى ضمان الاستحقاق الكلى ودعوى الفسخ مع التعويض ، ويرجع ذلك الى أن نص القانون كان يقضى فى حالة الاستحقاق الكلى بوجوب رد الثمن مع التضمينات فالتبس ذلك مع حكم الفسخ فى حين أن المقصود به التنفيذ بمقابل .

٢٠٩ — (ب) مدى التزام البائع الجزائى فى حالة الاستحقاق الكلى — نصت المادة ٤٤٣ مدنى على أنه « اذا استحق كل المبيع كان للمشترى أن يطلب من البائع :

(١) قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت .

(٢) قيمة الثمار التى ألزم المشترى بردها لمن استحق المبيع .

(٣) المصروفات النافعة التى لايستطيع المشترى أن يلزم بها المستحق . وكذلك المصروفات الكمالية اذا كان البائع سيىء النية .

(٤) جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عداما كان المشترى يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقاً للمادة ٤٤٠ .

(٥) وبوجه عام تعويض المشترى عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع .

كل هذا ما لم يكن رجوع المشترى مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو ابطاله » .

ويخلص من هذا النص أن البائع يلزم بتعويض المشترى عن كل ما أصابه من ضرر بسبب استحقاق المبيع . ويشمل ذلك :

(أولا) قيمة المبيع — وقد نص التقنين الحالى على الزام البائع بقيمة المبيع وقت الاستحقاق تطبيقاً لقواعد التنفيذ بمقابل[1] ، فاذا كان المبيع قد زادت قيمته من وقت البيع الى وقت الاستحقاق وجب على البائع أن يدفع للمشترى هذه القيمة الزائدة لا الثمن الذى اشترى به فحسب[2] . أما

---

(١) ومع أنه لايجوز للمشترى المطالبة بضمان الاستحقاق الا من وقت صدور الحكم النهائى بالاستحقاق ، فان تقدير قيمة المبيع وقت الاستحقاق يجب أن ينظر فيه الى قيمة المبيع رفع دعوى الغير الى حكم له فيها بالاستحقاق لأن حكم الاستحقاق يستند أثره الى وقت رفع الدعوى (السنهورى ج ٤ ص ٦٧٧) .

(٢) والمقصود بذلك زيادة القيمة الطارئة بغير فعل المشترى (الاسكندرية الوطنية ٢٧ يناير ١٩٤١ المحاماة ٢١ — ٦٠٦ — ٢٦٧) . أما اذا كانت زيادة القيمة قد نشأت عن مصروفات نافعة أنفقها المشترى على المبيع ، فسيجىء فى الصفحة التالية أنه يجوز للمشترى أن يطالب مدعى الاستحقاق بأن يرد اليه من هذه المصروفات قدر ما عاد على المبيع من زيادة فى القيمة . وفى هذه الحالة يستنزل هذا القدر من قيمة المبيع التى يحق للمشترى مطالبة البائع بها . وكذلك فيما يتعلق بالمصروفات الضرورية لأن للمشترى أن يستردها كلها من المستحق ، فلا يجوز أن يحصلها مرة أخرى من البائع .

اذا نقصت القيمة ، أفاد البائع من ذلك ولم يدفع للمشترى الا تلك القيمة الناقصة . غير أنه يلاحظ فى هذه الحالة أن المشترى ليس مقيداً بقواعد التنفيذ بمقابل التى طبقتها المادة ٤٤٣ المذكورة ، وانما له أن يعدل عنها الى طلب الفسخ ، فيجوز له حينئذ أن يطالب بالثمن الذى دفعه وأن لا يكتفى بقيمة الشىء وقت استحقاقه .

وكانت المادة ٣٠٤/٣٧٨ مدنى قديم تنص على أنه اذا كان الضمان واجباً ونزعت الملكية من المشترى ، فعلى البائع رد الثمن مع التضمينات . وكان هذا النص يفسر باعتباره أقرب الى تطبيق قواعد الفسخ منه الى تطبيق قواعد التنفيذ بمقابل . والواقع أن النصين يؤديان عملا الى نتيجة واحدة. ففى حالة زيادة قيمة المبيع وقت الاستحقاق عن ثمن البيع ، فان النص الجديد يخول المشترى هذه القيمة طبقاً لقواعد التنفيذ بمقابل[1]. أما النص القديم فقد كان يخوله الثمن باعتبار العقد مفسوخاً ويخوله زيادة القيمة باعتبارها من التضمينات . وفى حالة نقص القيمة ، فان النص الجديد يترك للمشترى الحق فى طلب الفسخ فيسمح له بذلك أن يطالب البائع بثمن المبيع وأن لا يكتفى بقيمة المبيع وقت الاستحقاق ، وهذا ما كان يقضى به النص القديم[2] .

ويلزم البائع أيضاً بالفوائد القانونية عن قيمة المبيع ابتداء من وقت الاستحقاق وليس من وقت المطالبة القضائية بها فحسب كما فى سائر الديون ويلزم بها من تاريخ رفع دعوى الاستحقاق لأن الحكم النهائى فى دعوى الاستحقاق يستند الى تاريخ رفعها ، ويثبت به حق المشترى فى قيمة المبيع من هذا التاريخ وحقه فى الانتفاع بهذه القيمة واستغلالها[3]، وتستحق الفوائد

(١) السنهورى فى الوسيط ج ٤ نبذة ٣٥٢ ص ٦٧٧ .

(٢) السنهورى فى المرجع السابق ص ٦٧٨ ، امام نبذة ٣٠٨ ، منصور ص ١٧٣ .

(٣) أنظر المذكرة الايضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٩٦ .

للمشترى ولو كان المبيع لا ينتج ثمارا كالأرض الفضاء المعدة للبناء[1]

ويستحق المشترى قيمة المبيع وفوائده القانونية من وقت رفع دعوى الاستحقاق بقطع النظر عن سوء نية البائع أو حسنها[2] .

(ثانيا) قيمة الثمار التي ألزم المشترى بردها لمن استحق المبيع - يقتصر ذلك على الثمار التى يكون المشترى قد حصلها بسوء نية قبل رفع دعوى الاستحقاق، لأنه لا يرد الثمار التى يحصلها قبل ذلك بحسن نية فلا محل لرجوعه بها على البائع ، ولأن الثمار التى يحصلها من وقت رفع الدعوى عليه يجب أن يردها إذ يعتبر أنه قبضها بسوء نية، ولكن ليس له أن يطالب بها البائع ما دام البائع سيدفع له فوائد قيمة المبيع من وقت الاستحقاق وهو يرجع الى وقت رفع الدعوى[3] .

(ثالثا) المصروفات التى أنفقها على المبيع — اذا كان المشترى قد أنفق على المبيع مصروفات ضرورية لحفظه فانه يستردها من المالك الذى حكم له بالاستحقاق وفقا للمادة ٩٨٠/ ١ مدنى سواء أكان يعلم بسبب الاستحقاق أم لم يكن ، وسواء أكان انفاقها بعد رفع دعوى الاستحقاق عليه أو قبل ذلك، وبالتالى لا يجوز له أن يطالب بها البائع ، ولذلك لم تنص عليها المادة ٤٤٣ . أما اذا أنفق مصروفات نافعة كاقامة طبقة جديدة فوق البناء أم استصلاح أرض بور ، فان كان ذلك قبل رفع دعوى الاستحقاق وكان لا يعلم وقت انفاقها سبب الاستحقاق ، كان له أن يسترد من المالك من هذه المصروفات بقدر ما عاد على المبيع من زيادة فى القيمة طبقا للمادة ٩٢٥ مدنى ورجع على البائع بالفرق بين زيادة القيمة ومقدار ما أنفق من المصروفات النافعة.

---

(١) السنهورى فى المرجع السابق ص ٦٧٩ ، عبد الباقى نبذة ١٥٦ ص ٢٤٣ .

(٢) السنهورى فى المرجع السابق ص ٦٧٩ .

(٣) السنهورى فى المرجع السابق ؛ منصور ص ١٧٤ نبذة ٨٦ ، ويلاحظ أن رجوع المشترى بقيمة الثمار التى الزم بردها لتحصيله أياها بسوء نية قبل رفع الدعوى يفترض سبق وفائه كامل الثمن للبائع ، والا فانه يخصم من قيمة هذه الثمار قيمة فوائد الباقى فى ذمته من الثمن (فى هذا المعنى ايب شنب ص ١٩٨) .

وان كان بعد الشراء ووقت انفاق هذه المصروفات النافعة قد علم سبب الاستحقاق فيكون حكمه حكم البانى سىء النية أى أنه يخضع لخيار المالك اذ يجوز لهذا أن يطلب ازالة المنشآت التى أقامها المشترى مع التعويض ان كان له وجه ، أو أن يطلب استبقاءها مقابل دفع قيمتها مستحقة الازالة أو دفع مبلغ يساوى الزيادة التى حصلت بسببها فى قيمة المبيع (المادة ٩٢٤ مدنى) ، فيرجع المشترى على البائع بباقى ما أنفق بعد استنزال ما حصله من من المالك[1] ، ما لم يثبت أن سبب الاستحقاق كان واضحا وضوحا كافيا يجعل المشترى مخطئاً فى عدم ادخاله فى اعتباره ومجازفا بانفاق تلك المصروفات بعد ان انكشف له سبب الاستحقاق أو متعمدا بها أبهاظ البائع أو محاباة المالك فلا يكون له رجوع ، وكذلك الأمر لو بنى المشترى الذى لم يكن يعلم وقت الشراء سبب الاستحقاق بعد أن رفعت عليه دعوى الاستحقاق[2] .

واذا أنفق المشترى على المبيع مصروفات كمالية ، فليس له أن يطالب بها المالك ، كما ان ليس له أن يطالب بها البائع اذا كان هذا حسن النية لأن المدين حسن النية لا يلزم الا بتعويض الضرر المتوقع ولأن قيام المشترى بمصروفات كمالية وضياع هذه المصروفات عليه بسبب استحقاق المبيع يعتبر ضرراً غير متوقع لا يسأل عنه المدين الا أن يكون قد وقع منه غش[3]، ولذلك نصت المادة ٤٤٣ على أن المشترى أن يطالب البائع بالمصروفات الكمالية اذا كان البائع سيء النية .

(**رابعا**) **مصروفات الدعاوى** — المفروض ان المشترى خسر دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه وألزم تبعاً لذلك بمصروفاتها وانه ادى هذه المصروفات للمستحق، فيكون له أن يطالب بها البائع ، كما له أن يطالبه بمصروفات ادخاله

(١) السنهورى فى المرجع السابق ص ٦٨٠ .

(٢) قاون استئناف مختلط ٢٠ مايو ١٩١٢ (٢٤ ص ٣٨٠) ، ٩ يونيه ١٩١٣ (٢٥ ص ٤٣٧) .

(٣) استئناف مصر ١٤ مايو ١٩٤٧ المجموعة ١٨ــ٦٩٥ــ٤١٠ .

فى دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه وبمصروفاتها التى يرجع بها عليه مطالباً بالتعويض عن الاستحقاق . ويستثنى من ذلك ما كان المشترى يستطيع أن يتقيه لو أخطر البائع بدعوى الاستحقاق فى الوقت الملائم بحيث كان البائع يستطيع أن يختصر اجراءات التقاضى ونفقاته لأن الخسارة التى تحملها فى هذه الحالة بسبب طول الاجراءات وكثرة النفقات كانت بخطأ منه هو . ويقع على عاتق البائع فى هذه الحالة عبء اثبات أنه كان ممكنا اختصار الاجراءات لو تم اخطاره فى الوقت الملائم(١).

(خامساً) تعويض المشترى عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع — ويشمل ذلك بوجه خاص الأرباح التى حرم منها المشترى بسبب زيادة قيمة المبيع عن الثمن المتفق عليه عند البيع وما يكون قد طرأ من زيادة فيما بعد البيع الى يوم الاستحقاق(٢)، سواء أكانت هذه الزيادة بعمل المشترى أم بغير عمله كالظروف الطارئة أو الظروف الاقتصادية العامة .

٢١٠ — حق المشترى فى فسخ البيع وفى ابطاله — تقدم أن استحقاق المبيع فى يد المشترى يعتبر اخلالا بالتزام الضمان الذى يقع على البائع ، وأنه يؤدى طبقاً للقواعد العامة الى تخويل المشترى أن يطلب اما التنفيذ بمقابل واما الفسخ . وقد طبقت المادة ٤٤٣ حكم التنفيذ بمقابل ، دون اخلال بحق المشترى فى فسخ العقد أو ابطاله .

فيجوز اذن للمشترى أن يتجاوز عن طلب التنفيذ بمقابل ، وأن يطلب الفسخ . ويكون له بناء على ذلك أن يسترد الثمن الذى دفعه وأن يطلب فوق ذلك تعويضا عن الأضرار التى أصابته بسبب الاستحقاق . وتكون مصلحة

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٦٨٢ .

(٢) استئناف مصر ١٦ فبراير ١٩٤١ المحاماة ٢١ — ٨٩٩ — ٣٧٨ ، الاسكندرية الوطنية ٢٧ يناير ١٩٤١ المحاماة ٢١ — ٦٠٦ — ٢٦٧ .

المشترى فى طلب الفسخ اذا كانت قيمة المبيع قد نقصت وقت الاستحقاق عما كانت عليه وقت البيع ، فان الفسخ يخوله الحق فى استرداد كل الثمن الذى دفعه فى حين أن التنفيذ بمقابل لم يكن يخوله الا قيمة المبيع وقت الاستحقاق .

وفوق ذلك فان استحقاق المبيع للغير يحمل فى ذاته الدليل على أن البيع ورد على ملك الغير ، واذن يجوز للمشترى أن يستغنى عن طلب التنفيذ بمقابل وعن طلب الفسخ بطلب ابطال البيع مع التعويض لوروده البيع على مال غير مملوك للبائع .

غير أنه فى ظل التقنين الملغى لم تكن للمشترى مصلحة فى ابطال البيع بدلا من فسخه أو من طلب تنفيذه بمقابل لأن أحكام بيع ملك الغير لم تكن تخوله فى حالة ابطال العقد أن يطالب البائع بتعويضات الا اذا كان هو حسن النية والبائع سيء النية[1] فى حين أن قواعد الفسخ وقواعد التنفيذ بمقابل تعطى المشترى الحق فى التعويضات بقطع النظر عن حسن نيته وسوء نية البائع . لذلك كان المشترى يفضل دائماً أن يسلك سبيل الفسخ أو سبيل التنفيذ بمقابل على أن يطلب ابطال البيع .

وقد تقدم أن محكمة النقض قررت أنه اذا لم يكن المشترى قد تسلم المبيع الى حين استحقاقه للغير فلا يجوز له أن يطلب الفسخ أو التنفيذ بمقابل ولا يكون له الا أن يطلب ابطال العقد ، وبالتالى لا يكون له الحق فى التعويضات الا اذا كان هو حسن النية والبائع سيء النية .

على أن ذلك لا يفيد حتما أنه اذا وقع الاستحقاق بعد أن تسلم المشترى المبيع لا يجوز للأخير ابطال العقد ويتعين عليه أن يختار بين الفسخ أو التنفيذ بمقابل ، بل يستفاد عكس ذلك من المذكرة الايضاحية للمواد ٦٣٢ — ٦٣٤ من المشروع التمهيدى لتنقيح القانون المدنى حيث جاء فيها أنه يجب أن تلاحظ

---

(١) انظر استئناف مصر ٢٦ فبراير ١٩٤١ المحاماة ٢١ — ٨٩٩ — ٣٧٨

الصلة الوثيقة بين بيع ملك الغير وضمان الاستحقاق ، فان الاستحقاق اذا كان كلياً كان هذا هو بيع ملك الغير ، اذ يكون قد اتضح أن البائع قد باع شيئاً مملوكاً لأجنبي ، ولذلك تكون أحكام ضمان الاستحقاق مكملة لأحكام بيع ملك الغير ، ويترتب على ذلك أن المشترى ، فى بيع ملك الغير ، يكون بالخيار ، اذا استحق المبيع فى يده ، بين فسخ البيع أو ابداله أو الرجوع بضمان الاستحقاق » .

٢١١ — *أحوال الاستحقاق الجزئى وحكمها* — ويكون الاستحقاق جزئيا اذا نزع من المشترى جزء مفرز أو شائع من المبيع ، أو حكم للغير بحق متفرع عن حق ملكية المبيع كحق ارتفاق أو استعمال أو سكنى ، أو بمال يعتبر من ملحقات المبيع . فاذا ادعى الغير حق ارتفاق على المبيع وحكم له به ، أو اذا كان للمبيع حق ارتفاق على عقار آخر فنازع مالك العقار فى وجود الارتفاق وحكم له بانقضاء ذلك الحق ، اعتبر ذلك استحقاقا جزئيا .

وقد نصت المادة ٤٤٤ مدنى على أنه :

« ١ — اذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلا بتكليف ، وكانت خسارة المشترط من ذلك قد بلغت قدراً لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة فى المادة السابقة على أن يرد له المبيع وما أفاده منه .

٢ — فاذا اختار المشترى استيفاء المبيع ، أو كانت الخسارة التى لحقته تبلغ القدر المبين فى الفقرة السابقة ، لم يكن له الا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق » .

ويخلص من ذلك أن المشرع يفرق فى الاستحقاق الجزئى بين حالتين :

(١) الحالة التى يكون فيها الاستحقاق الجزئى بالغاً حداً من الجسامة بحيث لو علمه المشترى قبل التعاقد لما أبرم العقد .

(٢) والحالة التى لايبلغ فيها الاستحقاق الجزئى هذا الحد من الجسامة .

ففى الحالة الأولى يجوز للمشترى أن يعتبر أن الاستحقاق الجزئى يجعل وفاء البائع بالتزاماته وفاء جزئيا وأن يرفض هذا الوفاء الجزئى ، فيرد الباقى من المبيع وما أفاده منه الى البائع ويرجـــع عليه بما يترتب على عدم الوفاء الكلى، اى أن يطالبه بالتعويضات التى نصت عليها المادة ٤٤٣ أو بفسخ البيع مع التضمينات ، كما يجوز له أن يحتفظ بالباقى من المبيع وأن يقتصر على طلب تعويض عن القدر الذى استحق من يده ، أى أنه يكون له الخيار بين الفسخ وعدمه . غير أنه اذا اختار الفسخ وكان سبق له رهن العقار المبيع فان الفسخ لاينفذ فى حق الدائن المرتهن حسن النية ، بل يبقى رهنه قائماً وفقا للمادة ١٠٣٤ مدنى[١] .

أما فى الحالة الثانية فان المشترى لايجوز له أن يرفض الباقى من المبيع بعد الاستحقاق حتى يطبق على البائع أحكام عدم الوفاء الكلى ، وانما يكون له فقط أن يحتفظ بباقى المبيع وأن يطلب تعويضاً عن الجزء الذى استحق .

وفى كلتا الحالين فان التعويض المستحق للمشترى لايقتصر على نقص الثمن بنسبة ما استحق من المبيع ، بل يشمل تعويض كل ما أصاب المشترى من أضرار بسبب الاستحقاق الجزئى .

٢١٢ — **الاتفاقات المعدلة لأحكام الضمان** — والأصل فى التزام الضمان كما فى غيره من الالتزامات العقدية أنه يخضع لارادة المتعاقدين . فاذا لم ينصا فى شأنه على شىء ،سرت عليه أحكام المواد ٤٣٩ وما بعدها .

وقد نصت المادة ٤٤٥ فقرة أولى صراحة على أنه يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا فى ضمان الاستحقاق أو أن ينقصا منه ، أو أن يسقطا هذا الضمان .

---

(١) أنظر كتابنا فى التأمينات العينية الطبعة الثانية سنة ١٩٥٩ نبذة ٥٥ .

وقد أنشأ المشرع قرينة قانونية على أن البائع قد اشترط عدم الضمان فيما يتعلق بحق الارتفاق المرتب على العين المبيعة اذا كان هذا الحق ظاهراً أو كان البائع قد أبان عنه للمشترى (المادة ٤٤٥ فقرة ثانية).

واذا اشترط البائع اعفاءه من الضمان كله أو بعضه، وكان قد تعمد اخفاء حق الأجنبي، فان هذا الشرط يقع باطلا ولا يعفى البائع من شيء (المادة ٤٤٥ فقر ثالثة).

أما من حيث أثر شرط الاعفاء الصحيح، فانه لا يترتب عليه بأى حال اعفاء البائع من المسئولية عن أى استحقاق ينشأ من فعله، ويقع باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك (المادة ٤٤٦ فقرة أولى).

أما بالنسبة للتعرض القانونى الصادر من الغير، فان الاتفاق على عدم الضمان يعفى البائع من التزامه بالتعويضات التى يستحقها المشترى ولكن لا يعفيه من دفع قيمة المبيع وقت الاستحقاق، الا اذا أثبت أن المشترى كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق[1] أو أنه اشترى ساقط الخيار (المادة ٤٤٦ فقرة ثانية).

وقد جرى القضاء على أن اشتراط الضمان فى عقد البيع بالفاظ عامة لا يعتبر تعديلا فى الأحكام التى وضعها القانون لهذا الالتزام، الا أنه اذا كان المشترى والبائع كلاهما عالمين وقت التعاقد بسبب التعرض أو الاستحقاق فان النص على شرط الضمان فى العقد بعبارات عامة ـ وهو أصلا لا حاجة اليه ـ يدل على أن الغرض منه هو تأمين المشترى من الخطر الذى يهدده تأمينا لا يكون الا بالتزام البائع بالتضمينات علاوة على رد الثمن فى حالة استحقاق المبيع[2].

(١) استئناف مصر ٢٦ يناير ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ ـ ٦٢ ـ ٢٢٠.

(٢) نقض مدنى ٧ يوليه ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ ـ ٩٢٠ ـ ١٤١، وأيضاً استئناف مصر ١٦ فبراير ١٩٤١ المحاماة ٢١ ـ ٨٩٩ ـ ٣٧٨.

§ ٢ – ضمان العيوب الخفية

٢١٣ – *تحديد ضمان العيوب الخفية وأحواله* – لايقتصر التزام البائع على أن يضمن للمشترى حيازة هادئة ، بل يضمن له أيضاً حيازة نافعة تحقق له الغرض الذى قصده من الشراء . فاذا وجد بالمبيع عيب ينقص من نفعه ، وجب على البائع أن يزيل أثر العيب أو أن يبدل بالمبيع غيره ، والا اعتبر مخلا بالتزامه ضمان الحيازة النافعة ، واستوجب الجزاء المقرر للاخلال بالالتزامات التعاقدية .

وكان التقنين الملغى ينص على هذا الضمان فى المادة ٣١٣/٣٧٧ ومابعدها ويسميه ضمان العيوب الخفية ، وكان يعدد الشروط التى يلزم توافرها فى « عيب » المبيع لايجاب ضمانه على البائع ، ولكنه لم يعرف ما يعتبر عيباً فى ذاته . فعرفته محكمة النقض بأنه « الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع » ، كمرض الدابة وتسوس الخشب وشرخ الآنية الزجاجية ووهن أساس الدار ، وقالت فى تطبيق ذلك أنه اذا وجد المبيع مصنوعاً من مادة غير المتفق عليها ، فذلك لايعتبر موجباً لضمان البائع[1] .

ويبين من ذلك أن محكمتنا العليا كانت تفرق فى ظل التقنين الملغى بين عيب المبيع وهو الآفة الطارئة على الفطرة السليمة ، وبين تخلف صفة فى المبيع لاتقتضيها فطرته السليمة ، وتقصر ضمان العيوب الخفية على الحالة الأولى دون الثانية ، مع عدم الاخلال بتطبيق أحكام الغلط فى الحالة الثانية اذا كانت الصفة المتخلفة والتى كان المشترى يعتقد توافرها وقت العقد من الصفات التى يعتبر الغلط بشأنها مفسداً الرضا وفقاً للمادة ١٣٤/١٩٤ مدنى قديم .

---

(١) نقض ٨ أبريل ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ٥–٥٢٧–٢٩٦ .

وقد نصت المادة ٤٤٧ مدنى على أن :

« ١ — يكون البائع ملزماً بالضمان اذا لم يتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل للمشترى وجودها فيه ، أو اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين فى العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشىء أو الغرض الذى أعد له . ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالما بوجوده .

٢ — ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التى كان المشترى يعرفها وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى ، الا اذا أثبت المشترى أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو أثبت أن البائع قد تعمد اخفاء العيب غشاً منه » .

ويبين من هذا النص أن المشرع الحديث لم يجعل ضمان البائع العيوب الخفية مقصوراً على حالة العيب بالمعنى الذى سبق أن عرفته به محكمة النقض فى ظل التقنين الملغى بل مده الى حالة أخرى هى حالة عدم توافر الصفات التى كفل البائع للمشترى وجودها فى المبيع والتى لا يعتبر مجرد تخلفها آفة طارئة أو عيباً ، كما اذا كفل بائع سيارة معينة للمشترى أنها تقطع مائتى كيلو متراً بصفيحة البنزين الواحدة أو أن سرعتها تبلغ مائة كيلو متراً فى الساعة ، فظهر أنها لا تقطع أكثر من مائة وستين كيلو متراً بالصفيحة أو أن سرعتها لا تجاوز ثمانين كيلو متراً فى الساعة ، فان ذلك قد لا يكون نتيجة آفة طارئة على السيارة ، ولكنه بحسب نص التقنين الحالى يجوز أن يوجب ضمان البائع لتخلف صفة كفلها البائع للمشترى .

غير أنه يلاحظ أنه ليس كل تخلف لأى صفة فى المبيع يوجب ضمان البائع وتنطبق عليه أحكام ضمان العيوب الخفية ـ ذلك أن الصفات التى يتصف بها المبيع أو يتفق على وجوب اتصافه بها اما أن تكون صفات لازمة لتعيينه كما

فى المثليات أو غير لازمة لذلك كما فى القيميات . فنى الحالة الأولى يكون اشتراط صفات معينة فى المبيع مقصوداً به تعيينه ـ كما اذا تعاقدت مع تاجر أثاث على أن يورد لى عشرة كراسى مصنوعة من خشب القرو ومكسوة بقماش من الحرير الطبيعى صنع شركة مصر لنسج الحرير ــ فيلتزم البائع بتسليمى قدرا من المثليات متصفا بهذه الصفات . فاذا سلم شيئاً لا تتوافر فيه احدى هذه الصفات ، لم يعتبر أنه وفى بالتزامه بالتسليم وفاء كاملا صحيحاً ، وجاز لى أن أوقع عليه جزاء الاخلال بهذا الالتزام كما تقدم .

أما اذا كان المبيع معيناً بالذات ، فان تسليمه يتم ولو لم يجد فيه المشترى صفة معينة كان يعتقد أو يتوقع توافرها فيه ، ولا يكون للمشترى أن يطلب توقيع جزاءات الاخلال بالالتزام بالتسليم . وحينئذ يلزم التفرقة بين الحالة التى يكون فيها البائع قد كفل للمشترى توافر صفة معينة فى المبيع والحالة التى لا يكون فيها البائع قد كفل توافر هذه الصفة .

وفى هذه الحالة الأخيرة يكون المشترى قد اعتقد خطأ توافر هذه الصفة فى المبيع ، فيجوز له أن يطلب بعد أن يتبين حقيقة الأمر ابطال العقد بسبب الغلط اذا توافرت فيه الشروط اللازمة لذلك ، أى بشرط أن يكون الغلط جوهرياً ومعاصراً للعقد وأن يكون الطرف الآخر قد علم به أو كان فى وسعه أن يعلمه .

أما اذا كان البائع قد كفل للمشترى توافر هذه الصفة ، فان عدم توافرها يوجب ضمان البائع وفقاً لأحكام ضمان العيوب الخفية ، ولا يشترط فى ذلك أن تكون تلك الصفة المتخلفة جوهرية ، ولا أن يكون تخلفها معاصراً للعقد فيكفى تخلفها وقت تسليم المبيع ، ولا يشترط أن يكون البائع عالماً بتخلفها أو فى وسعه أن يعلمه .

وبناء على ذلك ينحصر تطبيق أحكام ضمان العيوب الخفية فى الحالات التى

يوجد فيها بالمبيع عيب ، أى آفة طارئة، وفى الحالات التى يكون فيها المبيع معينا بالذات ويكون البائع فيها قد كفل للمشترى توافر صفة معينة فى المبيع المعين بالذات ثم لا تتوافر هذه الصفة وقت تسليم المبيع كما فى كفالة درجة معينة من السرعة فى السيارة المبيعة وعدم توافر ذلك فيها عند تسليمها .

٢١٤ – *شروط العيب الموجب للضمان* – يخلص من هذا النص أنه يشترط فى العيب الموجب للضمان : (١) أن يكون عيباً قديما ، (٢) ومؤثراً (٣) وخفياً .

ويجب على المشترى أن يثبت توافر هذه الشروط الثلاثة ، ويتخلص البائع من الضمان اذا هو نفاها كلها أو بعضها .

٢١٥ – (١) *يجب أن يكون العيب قديما* – كانت المادة ٣٢٣ / ٣٩٧ - ٣٩٨ من التقنين الملغى تنص على أن « لا يكون العيب موجبا للضمان الا اذا كان قديما . والمراد بالعيب القديم العيب الموجود وقت البيع فى المبيع اذا كان عينا معينة أو العيب الموجود وقت تسليمه اذا لم يكن عينا معينة ». وقد أخذ على هذا النص أنه اذ أعفى البائع من ضمان العيب الخفى الذى ينشأ فى المبيع القيمى فى الفترة ما بين العقد والتسليم ، كان يتعارض مع نص المادتين ٢٩٧ / ٣٧١ و ٣٧٢ اللتين كانتا تجعلان على البائع تبعة هلاك المبيع أو تلفه قبل التسليم .

وتنص المادة ٤٤٧ فقرة أولى من التقنين الحالى على أن « يكون البائع ملزما بالضمان اذا لم يتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل للمشترى وجودها فيه أو اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه . . . ». وقد حدا ذلك فريقا من الشراح الى القول بأن المشرع قصد بهذا النص أن يدرأ الاعتراض الذى وجه الى نص التقنين الملغى اذ اكتفى بأن يكون العيب الموجب للضمان موجوداً وقت التسليم ولم يشترط وجوده وقت العقد ،

فنسق بذلك بين ضمان البائع عيب المبيع وبين تحمله تبعة الهلاك[1] .

غير أن امعان النظر فى النص الجديد يسمح بالقول بأن المشرع لم يقصد به تعديل حكم التقنين الملغى فى هذا الشأن وأنه لم ينظر الى وقت التسليم فيما يتعلق بتوافر العيب بمعناه التقليدى الأصلى بل نظر اليه فقط فيما يتعلق بعدم توافر صفة معينة فى المبيع كفل البائع وجودها فيه وهى حالة الضمان التى استحدثها المشرع فى التقنين الحالى . فالنص يقول أن البائع يكون ملزما بالضمان « اذا لم يتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل للمشترى وجودها فيه أو اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته . . . . » ، فهو يعين وقت تخلف الصفة التى كفل البائع وجودها ولا يعين وقت وجود العيب الذى ينقص من قيمة المبيع ، أى أنه يترك أمر الوقت الذى يلزم وجود العيب فية دون تحديده بوقت التسليم . ويبين من المذكرة الايضاحية أن المقصود بذلك الابقاء على حكم التقنين القديم فى هذا الشأن، حيث تقول انه يشترط « أن يكون هذا العيب موجوداً وقت البيع ، وهذا ما يعبر عنه عادة بالعيب القديم » ، ثم تستعرض المذكرة نصوص التقنين الملغى وتقول انه يخلص من مجموعها الشروط السابق ذكرها المستفادة من النصوص الجديدة(ومنها كما تقدم أن يكون العيب موجوداً وقت البيع[2]) .

هذا اذا كان المبيع معينا بالذات. أما ان كان مثليا فلا يمكن تحقق العيب به طالما لم يتم تعيينه بالذات من طريق فرزه . فيكفى وجود العيب به وقت

---

(١) أنور سلطان نبذة ٢٧٠ ص ٢٣٩ ، امام نبذة ٢٢٤ ص ٣٨٢ ، عبد الباق نبذة ١٦٨ ص ٢٨ ، البدراوى نبذة ٣٣٩ ص ٥٠٥ ، اسماعيل غانم ص ١٩٣ . قرب من ذلك امس المادة ٥٢٦ من مرشد الحيران والمادة ٥٥٨ مدنى عراق .

(٢) فى هذا المعنى منصور مصطفى منصور ، فى تحديد فكرة العيب الموجبة للضمان ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، السنة الأولى ص ٥٧٦ حيث يقول : « واذا قيل ان عبارة النص تحتمل من الناحية اللغوية أن تنصرف كلمة « وقت التسليم » الى الحالتين معا ، فهى على أية حال لاتقطع بهذا المعنى . فاذا ثار الشك حول دلالة عبارة النص ، فالمذكرة الايضاحية لنص المشروع التمهيدى الذى لا تختلف عبارته عن عبارة المادة ٤٤٧ صريحة فى أن شرط

فرزه ولو لم يتم تسليمه ، ولا يكفى وجود العيب به عند تسليمه اذا لم يكن قد وجد به عند فرزه(١) .

وليس معنى عدم ضمان البائع العيب الذى يطرأ على المبيع فيما بين البيع (أو الفرز) والتسليم أن تبعة هذا العيب تقع على عاتق المشترى ، بل انه اذا أمكن اعتبار هذا العيب بمثابة هلاك جزئى فان تبعته تقع على عاتق البائع طبقا للقاعدة التى تقضى بأن هلاك المبيع قبل التسليم يكون على البائع (المادة ٤٣٧). ولا تناقض بين ذلك وبين نفى الضمان عن البائع ، لأن الضمان شىء وتحمل التبعة شىء آخر ، اذ الأول يستتبع مسئولية البائع عن كافة الأضرار التى يسببها للمشترى فى حين أن الثانى لا مسئولية فيه ويقتصر أثره على فسخ العقد واسقاط التزامات المشترى مقابل انقضاء التزامات البائع باستحالة الوفاء (٢) .

وقصارى القول اننا نرى أنه يشترط فى تطبيق حكم المادة ٤٤٧ أن يكون العيب قديما أى موجوداً وقت البيع ان كان المبيع معينا بالذات ، أو وقت فرز المبيع ان كان مثليا . أما ان كان الضمان عن عدم توافر صفة كفل البائع وجودها فى المبيع فيكفى تخلف هذه الصفة وقت التسليم كما يقضى بذلك صريح النص ، وان كان ذلك محل نقد من بعض الفقه(٣) .

= القدم يعنى وجود العيب وقت العقد » . أنظر أيضا كتابه فى البيع والمقايضة والايجار ص ١٩٥ ، لبيب شنب نبذة ١٧٨ ص ٢٢٩ ، راجع المذكرة الايضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١١٠ و ١١١ .

(١) فى هذا المعنى منصور فى بحثه المشار اليه ص ٥٧٩ .

(٢) فى هذا المعنى أيضا منصور فى بحثه المشار اليه ص ٥٧٧ .

(٣) انظر منصور فى بحثه المشار اليه ص ٥٧٩ حيث يقول : « ومن المتصور أن يكفل البائع للمشترى وجود صفة فى المبيع تكون موجودة فعلا وقت العقد ثم تتخلف بعد ذلك =

ويعتبر العيب أنه قد وجد منذ وجود جرثومته . فاذا مرضت الدابة بعد البيع وقبل التسليم فانها تعتبر معيبة لا من وقت ظهور المرض فحسب بل من الوقت الذى يثبت أن جرثومة المرض قد أصابتها فيه ، فان كان ذلك الوقت ليس تاليا لوقت العقد ضمن البائع والا فلا ضمان عليه .

٢١٦ - (٢) *يجب أن يكون العيب مؤثرا* — لا يضمن البائع عيب المبيع الا اذا كان هذا العيب يؤدى الى نقص فى قيمة المبيع أو فى نفعه .

ويرجع فى التحقق من حدوث النقص فى قيمة المبيع أو فى نفعه أو عدم حدوثه الى معيار مادى لا الى المعيار الشخصى ، فينظر الى قصد المتعاقدين كما هو مبين فى العقد أى الى الارادة الظاهرة لا الى الارادة الحقيقية لكل من العاقدين ، والى طبيعة الشىء والى الغرض الذى أعد له بوجه عام ، لا الى الغرض الخاص الذى كان ينوى المشترى أن يستعمله فيه ما لم يكن قد أعلم البائع بهذا الغرض[١] .

ويعتبر أن بالمبيع عيباً مؤثراً اذا خلا المبيع من صفة كفل البائع للمشترى وجودها فيه (المادة ٤٤٧ فقرة أولى) ، سواء كانت تلك الصفة جوهرية أو لم تكن كذلك .

ولا يعتبر العيب مؤثراً اذا كان العرف قد جرى على التسامح فيه (المادة ٤٤٨ مدنى) ، أو كان النقص الذى يؤدى اليه فى قيمة المبيع أو فى نفعه تافهاً لا يعتد به .

= وقبل التسليم ، كما لو كفل بائع الأرض الزراعية للمشترى أن مستواها أكثر انخفاضا من مستوى مياه الرى بحيث لايحتاج فى ريها الى آلات لرفع المياه ، ثم يتغير نظام الرى بفعل السلطة العامة فينخفض مستوى مياه الرى بحيث لا يمكن رى الأرض الا بآلات رافعة . ويبدو لنا أن رجوع المشترى على البائع فى هذا الفرض بضمان العيب ، وهو مقتضى النص الصريح ، لايتفق مع العدالة ، وكان الأولى أن نسوى بين حالتى تخلف الصفة والعيب بمعنى الآفة فى شرط القدم... » .

(١) أنظر ليب شنب ص ٢٢٣ .

٢١٧ — (٣) **يجب أن يكون العيب خفيا** — كان التقنين الملغى ينص صراحة على ضرورة هذا الشرط ، فقد كانت المادة ٣١٣/٣٨٧ منه تقضى بأن « البائع ضامن للمشترى العيوب الخفية فى المبيع . . . » ، وكانت المادة ٣٢٠/٢٩٥ تنص على أن « لاوجه لضمان البائع اذا كان العيب ظاهراً أو علم به المشترى علماً حقيقياً » . ومنها يظهر أن المشرع قد قابل بين العيب الخفى من جهة ، والعيب الظاهر أو الذى علم به المشترى من جهة أخرى، وأنه أوجب على البائع ضمان الأول دون الثانى ، وأنه جعل عبء اثبات خفاء العيب واقعاً على عاتق المشترى ثم نص صراحة على جواز دفع البائع هذا الضمان باثبات ظهور العيب أو علم المشترى به علماً حقيقياً ، لأنه اذا كان العيب ظاهراً أو ثبت علم المشترى به وقت العقد ، فلا بد أن يكون المشترى قد راعى ذلك فى تحديد الثمن الذى قبل أن يشترى به ؛ فلا محل لتخويله حق الرجوع على البائع بالضمان بسبب هذا العيب .

أما التقنين الحالى ، فانه اذ نص فى الفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ مدنى على ضمان البائع ما يوجد فى المبيع من عيب ثم استدرك على ذلك فى الفقرة الثانية من المادة ذاتها بأن قرر عدم ضمان البائع العيب الظاهر أو الذى علمه المشترى ، قد قابل — كالتقنين الملغى — بين العيب الخفى من جهة، والعيب الظاهر أو الذى علمه المشترى من جهة أخرى ، وأوجب على البائع ضمان الأول دون الثانى ، ولكنه حاد عن حكم التقنين الملغى فيما يتعلق بعبء اثبات الخفاء ، حيث اكتفى لقيام ضمان البائع بأن يثبت المشترى قدم العيب وتأثيره ولم يتطلب منه اثبات خفاء العيب ، بل افترض توافر هذا الشرط فرضا قابلا لاثبات العكس من طريق اثبات البائع ظهور العيب أو قابليته للظهور بالفحص المعتاد أو علم المشترى به فعلا .

ويبين من ذلك أن شرط الخفاء يقتضى أن يكون العيب غير ظاهر وأن يكون المشترى لم يعلم به[1]. فاذا تخلف أحد هذين الشقين انتفى الخفاء وكان العيب

---

(١) نقض مدنى ١٤ يونيه ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣–٨٠٨–١٢٩.

غير موجب الضمان[1] . ويقع عبء اثبات تخلفهما أو أحدهما أو بعبارة أخرى عبء اثبات ظهور العيب أو علم المشترى به على عاتق البائع .

ويكون العيب ظاهراً ولا يوجب الضمان اذا كان المشترى يستطيع أن يتبينه بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى[2] (المادة ٢/٤٤٧). وليس المقصود باستطاعة المشترى تبين العيب بنفسه أن يكون فى امكانه بمعلوماته الشخصية كشف العيب، بل المقصود أن يكون فى وسعه كشفه بوسائله الخاصة دون حاجة الى معاونة البائع له فى ذلك ، ولو احتاج الى معاونة أهل الخبرة أو التخصص فى مثل المبيع[3]. أما اذا أثبت البائع أن العيب مما يمكن كشفه لو بذل المشترى عناية الرجل العادى فى فحص المبيع ، ولو بالاستعانة بأهل الخبرة أو التخصص فى الحالات التى يلجأ فيها الرجل العادى الى ذلك ، فانه ينفى بذلك صفة الخفاء فى العيب ويخلص من الضمان .

وكذلك لو كان العيب غير ظاهر بهذا المعنى وأثبت البائع أن المشترى قد علم به وقت العقد (المادة ٢/٤٤٧) ، فانه لا يعتبر خفياً بالنسبة الى المشترى ولا يخوله الرجوع على البائع بالضمان .

---

(١) نقض مدنى ٤ ديسمبر ١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونية ١ ص ٣٦١ المحاماة ٢٨ — ١٠٢٢ — ٤١٤ ، منصور فى بحثه المشار اليه ص ٥٦٨ .

(٢) نقض مدنى ٤ ديسمبر ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ — ١٠٢٢ — ٤١٤ مجموعة القواعد القانونية ١ ص ٣٦١ وقد جاء فيه أن العيب يعتبر فى حكم القانون ظاهرا متى كان يدركه الفطن اليقظ ولو لم يكن فى متناول ادراك غيره . فليس معيار الظهور فى العيب معيارا شخصيا يتفاوت بتفاوت المستوى فى الأفكار المختلفة بل معيارا متعينا بذاته مقدرا بمستوى نظر الشخص الفطن المتنبه للأمور .

وأيضاً نقض مدنى ١٤ يونيه ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ — ٨٠٨ — ١٢١ وقد جاء فيه أنه متى استخلص الحكم المطعون فيه استخلاصاً سائغاً من وقائع الدعوى وملابساتها أن العيب الخفى الذى وجد بالمبيع يحمل المطعون عليهما خسارة لما يسببه من نقص فى قيمة المبيع ومنفعته وأنه لم يكن فى مقدورهما تبينه بعناية الرجل المعتاد ورتب الحكم على ذلك استحقاقهما التعويض نظير ما فاتهما من كسب بفسخ العقد ، فانه لا يكون قد خالف القانون أو شابه قصور .

(٣) أنور سلطان نبذة ٣٩٣ ص ٣٠٩ ، امام نبذة ١٢٢ ص ٣٧٩ ، البدراوى ص ٥٠٢ نبذة ٣٣٦ ، لبيب شنب نبذة ١٧٧ .

ويؤخذ من اشتراط القانون فى علم المشترى الذى ينتفى معه الضمان توافره وقت البيع أن هذا الشرط مقصور على حالة المبيع المعين بالذات ، لأن المبيع المعين بالنوع فقط لا يتصور تعيبه كما لا يتصور هلاكه ، واذا كان ممكناً ثبوت العيب عند فرزه ، فان توافر العلم بالعيب وقت الفرز اللاحق للعقد لا ينفى قيام الضمان من وقت العقد ما دام العلم بالعيب فى هذا الوقت كان غير متصور[1] .

ولا محل لاشتراط هذا الشرط بشقيه فى الضمان الذى استحدثه التقنين الحالى عن تخلف صفة كفل البائع للمشترى وجودها فى المبيع ، لأن كفالة البائع وقت العقد وجود هذه الصفة يدل بذاته على عدم ظهورها بشكل قاطع وعلى عدم علم المشترى بتخلفها[2] .

وبناء على ذلك لا يضمن البائع عيب المبيع ، ولو كان عيباً قديماً مؤثراً وكان المبيع معيناً بالذات ، فى الحالات الآتية :

(أ) اذا كان المشترى قد علم بوجود العيب فى المبيع علماً فعلياً وقت البيع[3] .

(ب) اذا لم يعلم المشترى بوجود ذلك العيب فعلا ولكن كان فى وسعه أن يتبينه بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى ، أى اذا كان العيب ظاهراً بذاته أو كان ممكناً ظهوره لدى الفحص العادى ، كما اذا اشترى منزلا ظاهر القدم ، أو به شرخ فى أحد جدرانه ، أو تهتز أسقفه .

---

(١) فى هذا المعنى لبيب شنب نبذة ١٧٧ ص ٢٢٥ .

(٢) فى هذا المعنى منصور فى بحثه المشار اليه ص ٥٦٨ و ٥٦٩ .

(٣) نقض مدنى ١٤ يونيه ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ — ٨٠٨ — ١٢٩ وقد جاء فيه أن العلم المسقط لدعوى الضمان للعيب الخفى هو العلم الحقيقى دون العلم الافتراضى ، ومن ثم فان نشر مرسوم اعتماد وقوع العقار المبيع داخل خط التنظيم بالجريدة الرسمية لا يدل بذاته على علم المشترى بهذا العيب ... ولأن مجال تطبيق المادة ٤١٩ مدنى هو حالة حصول غلط فى المبيع .. أما حالة ظهور العيوب الخفية فيحكمها نص المادة ٤٤٧ مدنى ، ومن ثم فلا يمنع من طلب الفسخ أن يكون المشترى قد أقر عند تسلم المبيع بأنه عاينه معاينة نافية للجهالة .

على أنه اذا كان العيب غير باد للعيان ولكن ممكنا ظهوره لدى الفحص العادى كزيادة استهلاك السيارة للبنزين زيادة غير عادية بالنسبة الى نوع السيارة ، ولم يقم المشترى بهذا الفحص اعتمادا على تأكيد صريح من البائع بخلو المبيع من هذا العيب ، فان المشترى لايكون مقصراً فى عدم فحص المبيع ويلزم البائع ضمان هذا العيب (المادة ٢/٤٤٧) . غير أنه يشترط فى هذه الحالة أن يكون التأكيد جدياً يحمل معنى الضمان[1] ، أما اذا صدر من البائع على سبيل الترويج والدعاية لبضاعته فانه لايعفى المشترى من فحص المبيع ولايلقى على البائع ضمان العيب ما دام كان ممكناً تبينه .

وكذلك اذا كان فى وسع المشترى أن يتبين العيب بفحص المبيع بعناية الرجل العادى وثبت أن البائع قد تعمد اخفاء العيب غشاً وتدليساً (المادة ٢/٤٤٧) ، كما اذا باع شخص آلة مكسورة بعد أن لحمها ودهنها بطلاء يخفى اللحام وباعها على أنها جديدة أو سليمة ، فانه يضمن العيب ولوكان المشترى

---

(١) نقض مدنى ١٤ يونيه ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ — ٨٠٨ — ١٢١ حيث جاء فيه أنه متى كان الحكم المطعون فيه قد استند فى قضائه بفسخ البيع الى وجود عيب خفى بالمبيع أكد البائع فى العقد خلوه منه مما يعد اخلالا بالتزامه بألا يكون المبيع محملا بتكاليف أو مشوبا بعيب خفى ، وفقا للمادة ١/١٥٧ مدنى ، فانه لايكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

وقد قرر أيضاً أن يعتبر العيب خفيا متى كان المشترى غير عالم به وغير مستطيع أن يعلمه أو اذا لم يكن من الممكن اكتشافه بالفحص المعتاد الذى تعارف الناس على القيام به بل كان يتطلب خبرة خاصة وفحصاً معيناً أوكان من السهل اكتشافه بالفحص المعتاد وأثبت المشترى أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو أثبت أنه تعمد اخفاء العيب غشاً منه . فاذا كانت محكمة الموضوع قد خلصت — فى استخلاص سائغ — من فهم الواقع فى الدعوى وجود عيب خفى فى المبيع هو وقوعه داخل خط التنظيم من قبل حصول البيع وأن المشترين لم يعلما بوجود هذا العيب عند التعاقد لأنه لايمكن ظهوره بمجرد فحص المبيع ذاته وأنهما لم يكن فى استطاعتهما أن يتبيناه بأنفسهما وقت الشراء لوبذلا عناية الرجل المعتاد — وأنهما لو علما بهذا العيب عند التعاقد لما أقدما على الشراء وخاصة وقد أكد البائع خلو العقار المبيع من كافة الحقوق العينية ظاهرة أو مستترة — فان ما انتهت اليه المحكمة لا مخالفة فيه للقانون .

لم يبذل عناية الرجل العادى فى فحص المبيع وكشف العيب ، وذلك سواء نجح غش البائع فى اخفاء العيب أولم ينجح .

أما اذا كان المبيع معينا بنوعه أو كان الضمان متعلقاً بتخلف صفة كفل البائع للمشترى وجودها فى المبيع ، فلا محل لاشتراط الخفاء .

٢٢٠ — **علم البائع لا يشترط** - ومتى وجد بالمبيع وقت تسليمه عيب مؤثر خفى قديم ، ضمنه البائع سواء أكان قد علم بوجوده أم لم يكن (المادة ٤٤٧ فقرة أولى مدنى) ، وذلك لأن علم البائع أو عدمه لا يؤثر فى مبدأ الضمان .

ولكن يلاحظ أنه يترتب على علم البائع بالعيب واخفاء أمره عن المشترى ما يترتب على الغش من تشديد للمسئولية العقدية ، فيصبح البائع مسئولا ليس عن الأضرار المتوقعة فحسب ، بل أيضاً عن الأضرار غير المتوقعة (المادة ٢٢١ فقرة ثانية مدنى) .

وسنرى أنه يترتب عليه أيضاً اطالة مدة تقادم دعوى الضمان (راجع نبذة ٢٢٩) ، وبطلان الاتفاق على الاعفاء من الضمان أو على انقاصه (راجع نبذة ٢٣١) ، وعدم سقوط حق المشترى فى الضمان بسبب اهماله فى فحص المبيع أو اهماله فى اخطار البائع بوجود العيب فيه (راجع نبذة ٢٢١) .

٢٢١ — **وجوب مبادرة المشترى الى اخطار البائع بالعيب** — نصت المادة ٤٤٩ مدنى على أنه « اذا تسلم المشترى المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقاً للمألوف فى التعامل . فاذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة ، فان لم يفعل اعتبر قابلا للمبيع . أما اذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشترى ، وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره والا اعتبر قابلا للمبيع بما فيه من عيب » .

ويؤخذ من ذلك أنه يجب على المشترى متى تسلم المبيع أن يبادر الى التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقاً للمألوف فى التعامل . فان ظهر له عيب موجب للضمان وجب أن يبادر الى اخطار البائع به خلال مدة معقولة .

ويقدر القاضى ما اذا كان المشترى قد بادر الى فحص المبيع لكشف عيبه بمجرد تمكنه من ذلك وفقاً للمألوف فى التعامل أو أنه أبطأ وتهاون فى ذلك ، وما اذا كان الاخطار بالعيب قد تم خلال مدة معقولة أو تم بعد فوات المدة المعقولة .

فان أهمل المشترى فى فحص الشىء أو فى الاخطار بالعيب بعد كشفه ، عد قابلا للمبيع بحالته وسقط حقه فى الرجوع على البائع بالضمان ولو لم تنقض المدة اللازمة لتقادم دعوى الضمان وهى سنة من تاريخ التسليم ، الا اذا كان البائع يعلم بوجود العيب وتعمد اخفاءه عن المشترى غشاً منه ، فان ذلك يمنع سقوط حق المشترى فى الضمان بسبب اهماله فى فحص الشىء أو فى اخطار البائع بوجود العيب .

غير أنه اذا كان العيب مما لا يمكن كشفه بالفحص المعتاد بل يحتاج فى ذلك الى خبرة فنية ، فلا يسقط حق المشترى فى الضمان لمجرد اهماله الفحص المعتاد ، ويبقى له حقه فى الضمان طوال المدة اللازمة لاجراء الفحص الفنى بحسب المألوف فى التعامل ، أو لعدم كشفه هذا العيب مع قيامه بالفحص المعتاد ، ويجوز له الرجوع بالضمان متى أسفر هذا الفحص الفنى عن ظهور العيب على أن يبادر باخطار البائع به بمجرد ظهوره ، فان أهمل فى هذا الاخطار عد قابلا للمبيع بحالته وسقط حقه فى الضمان[1] .

وليس للاخطار شكل معين ، فيجوز أن يتم بانذار على يد محضر ، أو بخطاب أو بتنبيه شفوى بشرط امكان اثباته . ويقع عبء هذا الاثبات

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٧٣٦ .

على عاتق المشترى ، ويجوز له اثبات ذلك بكافة الطرق بما فيها البينة والقرائن(١) .

٢٢٢ — **محل التزام البائع** — يضمن البائع خلو المبيع من العيب ويلتزم اذا وجد به عيب موجب للضمان أن يزيل هذا العيب ان كان ذلك ممكناً ، أو أن يبدل بالمبيع نظيراً له خالياً من العيب . كما يضمن البائع توافر الصفة التى كفل وجودها فى المبيع ويلتزم بايجاد هذه الصفة به أو بأن يبدل بالمبيع نظيراً له تتوافر فيه هذه الصفة .

ويجوز للمشترى أن يطالب البائع بالوفاء بهذا الالتزام عيناً متى كان ذلك ممكناً . وله عند الاقتضاء أن يطلب الترخيص له بأن ينفذ هو هذا الالتزام عيناً على نفقة البائع ، فيشترى شيئاً مماثلا سليما أو يصلح عيب المبيع على نفقة البائع ، والا كان له أن يطلب فسخ العقد أو ابقاءه مع التعويض عن الضرر الذى أصابه بسبب عيب المبيع على الوجه الذى يبينه القانون .

٢٢٣ — **جزاء اخلال البائع بالتزام ضمان العيوب الخفية : (أ) فى التقنين الملغى** — قسم التقنين الملغى فيما يتعلق بالجزاء الذى يترتب على ظهور عيب فى المبيع وعدم اصلاحه العيوب الموجبة للضمان قسمين الأول يشمل العيوب الجسيمة أى التى تجعل المبيع غير صالح لاستعماله فيما أعد له أو تنقص القيمة التى اعتبرها المشترى بحيث لو علمه المشترى لامتنع عن الشراء .

والثانى يشمل العيوب التى لا تبلغ هذا الحد من الجسامة .

فاذا كان العيب من النوع الأخير أى غير جسيم ، كان للمشترى الحق فى نقص الثمن حسب تقدير أهل الخبرة ، ولم يجز له طلب الفسخ لأن ما أصابه من ضرر بسبب عيب المبيع لا يبرر الفسخ (المادة ٣١٨/٣٩٣) . وقد نصت المادة ٣١٩/٣٩٤ على أن تنقيص الثمن يكون باعتبار قيمة المبيع الحقيقية فى حالة

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٧٣٧ ، ليب شنب نبذة ١٨٢ ص ٢٣٤ .

سلامته من العيب وقيمته الحقيقية في الحالة التي هو عليها وبتطبيق هاتين القيمتين على الثمن المتفق عليه ، أي أنه اذا كان المبيع يساوي ١٠٠ جنيها وهو سليم ولا يساوي الا ٧٥ جنيها وهو معيب ، كان للمشتري الحق في انقاص ربع الثمن المتفق عليه لأن المبيع صار لا يساوي الا ثلاثة أرباع قيمته فلا يلزم المشتري الا بثلاثة أرباع الثمن المتفق عليه .

أما اذا كان العيب جسيما ، فقد فرق التقنين الملغى بين حالتي سوء نية البائع وحسن نيته ، أي علمه وعدم علمه بوجود العيب . فان كان البائع سيء النية كان المشتري مخيرا بين فسخ البيع دون اضرار بحقوق الدائنين المرتهنين وبين طلب نقصان الثمن ، مع التعويض في الحالتين (المادة ٣١٤/٣٨٨) . وان كان البائع حسن النية كان المشتري مخيراً بين فسخ البيع وبين ابقاء المبيع بالثمن المتفق عليه دون تعويض في الحالتين (المادة ٣١٥/٣٨٩) .

وكان هذا الحكم الأخير منتقداً من حيث أنه لا يعطي المشتري تعويضاً اذا فسخ ، ويلزمه بكل الثمن اذا احتفظ بالمبيع ، مع أن المفروض أن العيب الذي وجد بالمبيع عيب جسيم ، ومع أنه لو كان هذا العيب أقل جسامة كان يخول المشتري حق تنقيص الثمن كما تقدم .

٢٢٤ — (ب) في التقنين المدني الحالي — نصت المادة ٤٥٠ مدني على أنه «اذا أخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم ، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة ٤٤٤» ، أي أن المشرع قد سوى في الرجوع بين ضمان العيب الخفي وضمان الاستحقاق الجزئي .

وقد تقدم أن المادة ٤٤٤ فرقت فيما يتعلق بضمان الاستحقاق الجزئي بين الحالة التي تكون فيها خسارة المشتري بسبب هذا الاستحقاق قد بلغت قدراً لو علمه لما أتم العقد ، والحالة التي لم تبلغ فيها خسارته هذا القدر (راجع نبذة ٢١١) .

وبناء على ذلك يكون معنى الاحالة الواردة فى المادة ٤٥٠ أنه يجب التفرقة فى العيوب الموجبة للضمان، وهى تشمل العيب بمعناه العام أى الآفة الطارئة وتخلف صفة أكد البائع وجودها ، بين العيب الذى بلغ حداً من الجسامة لو علمه المشترى لما أتم العقد ، والعيب الذى لا يبلغ هذا الحد من الجسامة ، أى الذى لو علمه المشترى لقبل الشراء ولكن بثمن أقل .

فان كان العيب جسيما ، جاز للمشترى رد المبيع المعيب وما أفاده منه والمطالبة بالتنفيذ بمقابل، فيحكم له كما فى حالة الاستحقاق الكلى بجميع المبالغ المنصوص عنها فى المادة ٤٤٣ ، ويشمل ذلك بوجه خاص قيمة المبيع باعتباره سليما وقت ظهور العيب مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت والمصروفات التى أنفقها المشترى على المبيع وتعويض المشترى عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب ظهور العيب واضطرار المشترى الى رد المبيع ، وجاز أيضاً للمشترى — اذا شاء — أن يحتفظ بالمبيع المعيب وأن يطلب تعويضاً عما أصابه من ضرر بسبب ظهور هذا العيب فيه(١) ، أى أنه يكون للمشترى خيار بين أن يرفع دعوى رد المبيع والمطالبة بالتعويضات الكاملة كما فى حالة الاستحقاق الكلى ، وبين أن يرفع دعوى التعويض عن العيب ونقص الثمن بقدر ما أصابه من أضرار بسبب وجود العيب فى المبيع . وله أن يعدل عن الدعوى التى يكون رفعها الى الدعوى الأخرى طالما لم يصدر فيها حكم حاز قوة الأمر المقضى ، أى أنه يجوز له أن يعدل طلباته ولو فى الاستئناف الأول مرة(٢) . وله أن يطلب فى دعوى واحدة رد المبيع المعيب مع التعويض بصفة أصلية أو نقص الثمن بصفة احتياطية، ولكن يتعين عليه أن يرفع دعوى

---

(١) ويلاحظ أن المشرع قد تحاشى بذلك النقد الذى وجه الى التقنين المدنى فى هذه الحالة .

(٢) انظر السنهورى فى الوسيط ج٤ ص٧٤١ هامش١ ، بلانيول وريبير وهامل ج١٠ نبذة ١٣٣ .

أصلية أو فرعية بطلباته وألا يكتفى بمجرد دفع يديه عند مطالبة البائع اياه بالثمن[١] .

أما ان كان العيب غير جسيم ، فليس للمشترى أن يرد المبيع ، بل يتعين عليه الاحتفاظ به مقابل تعويض عما أصابه من ضرر بسبب ظهور هذا العيب فى المبيع . فاذا كان المشترى لم يصبه ضرر ما بسبب العيب كأن يثبت أن المشترى باع المبيع المعيب بثمن يجاوز الثمن الذى اشتراه به بمقدار الربح المعقول فى مثل هذا المبيع دون أن يرجع عليه مشتريه بضمان العيب ، فانه لا يكون له حق فى أى تعويض نظراً لانتفاء الضرر[٢] .

ويلاحظ أن المشرع لم يحتفظ فى شأن هذه الحالة بالحكم الذى كان منصوصاً عليه فى المادة ٣١٩/٣٩٤ مدنى قديم فيما يتعلق بتنقيص الثمن مع مراعاة النسبة بين قيمة المبيع معيباً وبين قيمته سليما ، بل اكتفى بالنص على تعويض المشترى عما أصابه من ضرر بسبب ظهور العيب ، وقد يختلف مقدار هذا التعويض كثيراً عن القدر الذى كان يجب انقاصه من الثمن وفقاً لنص التقنين الملغى .

على أنه فى جميع الحالات التى يثبت فيها للمشترى الحق فى تعويض ، يزيد التعويض أو ينقص تبعا لما اذا كان البائع سيىء النية أى عالما بالعيب أو حسن النية أى غير عالم به ، ففى الحالة الأولى يسأل البائع عن كل الضرر المباشر ولو لم يكن متوقعا ، أما فى الحالة الثانية فلا يسأل الا عن الضرر المباشر المتوقع[٣] .

---

(١) بلانيول وريبير وهامل جـ ١٠ نبذة ١٣٣ .

(٢) السنهورى فى الوسيط جـ٤ ص ٧٤١ هامش ٢ ، بلانيول وريبير وهامل جـ ١٠ ص ١٤٤ هامش ١ .

(٣) فى هذا المعنى المذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى ، فى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ١٢٣ .

٢٢٥ — *حماية الدائنين المرتهنين فى حالة الفسخ* — تقدم أنه اذا ظهر بالمبيع عيب جسيم كان للمشترى الخيار بين رد المبيع واسترداد ثمنه مع التعويضات، وبين الاحتفاظ بالمبيع والمطالبة بالتعويضات. وكانت المادة ٣٨٨/٣١٤ مدنى قديم تنص على أن « يخير المشترى فى هذه الحالة بين فسخ البيع بغير اضرار بحقوق الدائنين برهن وبين طلب نقصان الثمن ... » . وكان الرأى الراجح فى ذلك أن المشرع قصد حماية الدائنين المرتهنين بأن سلب المشترى الذى رهن المبيع قبل ظهور العيب فيه حقه فى فسخ البيع وألزمه بأن يكتفى بطلب نقص الثمن مع التعويض .

ولم يرد فى التقنين الحالى نص على الحد من حرية المشترى فى اختيار الفسخ اكتفاء بالحماية التى قررها المشرع فى هذا التقنين يجعل الفسخ غير نافذ فى حق المرتهن حسن النية اذ نص فى المادة ١٠٣٤ مدنى على أن « يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر ابطال سند ملكيته أو فسخه أو الغاؤه أو زواله لأى سبب آخر اذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه العقد » . ولكن بما أن قواعد الفسخ تجعل للمحكمة سلطة تقديرية فى تقريره ، فاذا وجدت المحكمة أن المشترى قد أثقل العقار المبيع برهن سيظل قائماً لو تم الفسخ ، فالغالب أن ترفض طلب الفسخ . وإذا فرض أن أجابته فيكون للبائع الذى عاد اليه عقاره بعد الفسخ مثقلا بالرهن مطالبة المشترى بتعويض عن ذلك .

٢٢٦ — *تعدد المبيع وظهور العيب فى بعضه دون البعض* — لم ينص التقنين المدنى الحالى على الحالة التى يكون فيها المبيع عدة أشياء ثم يوجد بعضها معيباً والبعض الآخر سليما . وقد قصد المشرع بذلك أن يترك هذه الحالة الى القواعد العامة[1] .

---

(١) أنظر المذكرة الايضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٢٤ .

والأشياء المبيعة اما أن تكون قيمية أو مثلية .

وفى الأولى اما أن يظهر العيب ببعضها قبل التسليم ، واما أن يظهر بعده . فان كان الأول فليس للمشترى فسخ البيع الا فى جميع المبيع (المادة ٣١٦/ ٣٩٠ مدنى قديم) ، وان كان الثانى وجب التمييز بين ما لا يضره التبعيض وما يضره . فاذا كان المبيع مما لا يضره التبعيض ، جاز للمشترى فسخ البيع فيما ظهر فيه العيب فقط (المادة ٣١٧/ ٣٩١ مدنى قديم) . واذا كان مما يضره التبعيض لم يجز له الفسخ الا فى جميع المبيع .

وفى الثانية ، أى اذا كان المبيع من المثليات ، جاز للمشترى ولو بعد التسليم فسخ البيع فى جزء من المبيع (المادة ٣٩٢ مختلط) .

٢٢٧ — **حكم العيب الطارىء** — وكانت المادة ٣٩٩ مدنى مختلط تنص على أنه اذا كان فى المبيع عيب قديم وحدث به بالقضاء والقدر عيب جديد بعد بيعه فى الحالة الأولى من البند السابق (أى اذا كان المبيع عيناً معينة) أو بعد تسليمه فى الحالة الثانية (أى اذا لم يكن المبيع عيناً معينة) ، أو اذا كان المبيع بعد تسليمه تغيرت حالته بفعل المشترى أو بفعل شخص آخر أو بقوة قاهرة ، فلا يكون للمشترى المذكور حق فى فسخ البيع الا اذا كان العيب الحادث قد زال أو كان البائع قد ارتضى بأخذ المبيع مع وجود العيب الجديد فيه ، انما يسوغ للمشترى أن يطلب تنقيص الثمن بالكيفية المبينة آنفاً بشرط عدم مراعاة العيب الجديد أو التغيير الذى حصل فى المبيع» .

ومعنى هذا النص أنه اذا كان بالمبيع عيب موجب للضمان ، ثم طرأ عليه عيب آخر أو تحول غير موجب للضمان ، سقط حق المشترى فى اختيار الفسخ منعا لالقاء عبء العيب الطارىء على عاتق البائع مادام هذا العيب غير موجب للضمان ، وبقى للمشترى حقه فى نقص الثمن النقص الذى يقابل العيب القديم فقط دون العيب الطارىء ، الا اذا آثر البائع على هذا النقص

أن يسترد المبيع ويرد الثمن ، فيجوز حينئذ الفسخ لا النقص[١] .

ولم يكن فى التقنين المدنى الأهلى ما يقابل هذا النص . غير أن الشراح لم يروا فى الحكم الذى تضمنه الا تطبيقاً للقواعد العامة ، وأجازوا العمل به دون نص .

وقد صرح واضعو مشروع تنقيح القانون المدنى بأنهم لم يروا حاجة الى النص على هـــذا الحكم باعتباره تفصيلا يحسن الرجوع فيه الى القواعد العامة[٢] .

٢٢٨ – حكم هلاك المبيع المعيب — قد يهلك المبيع المعيب بسبب العيب القديم وقد يهلك بسبب عيب جديد غير موجب للضمان أو بحادث قهرى ، فماذا يكون أثر الهلاك فى حق الضمان الذى ثبت للمشترى بثبوت العيب القديم الموجب للضمان ؟ .

كان التقنين المدنى الأهلى ينص على الحالة الأولى دون الثانية وذلك فى المادة ٣٢٣ منه ، وكان التقنين المختلط ينص كل على كلتا الحالين فى المادتين ٤٠٠و٤٠١ منه .

وكان نص المادة ٣٢٣/٤٠٠ المشار إليها يقضى بأنه « اذا هلك المبيع بسبب العيب القديم ، فيكون هلاكه على البائع ، ويلزم حينئذ برد الثمن والمصاريف ودفع التضمينات على الوجه الموضح آنفا بحسب الأحوال». وكان المقصود بهذا النص مجرد تطبيق القواعد العامة التى تقدمت ، فيعتبر هلاك المبيع كله نتيجة للعيب الموجب للضمان فيتحمله البائع ، ويلزم حينئذ

---

(١) قارن السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٧٤٧.

(٢) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٢٤ ، أى أنهم أقروا الحالة التى كانت قائمة فى التقنين المدنى الأهلى .

برد الثمن والمصاريف فى جميع الأحوال , ويلزم أيضا بالتضمينات اذا كان سيء النية (المادة ٣١٤/٣٨٨) .

وكانت المادة ٤٠١ مدنى مختلط تنص على أنه « اذا كان فى المبيع عيب قديم وهلك بالكلية بسبب عيب جديد أو بالقضاء والقدر، فهلاكه يكون على البائع متى كان وجود العيب القديم فيه ثابتا وكان تقدير نقصان الثمن ممكنا فى الأحوال الجائزة فيها نقصانه » .

وكان يؤخذ على هذا النص أنه اذ يقضى فى ظاهره بجعل تبعة الهلاك على البائع فى جميع الأحوال يتعارض مع القاعدة العامة التى تنقل تبعة الهلاك الى المشترى من وقت تسلمه المبيع ، دون أن يكون ثمت أى مبرر للخروج على هذه القاعدة .

وقد أجمع الفقه على أن المقصود بهذا النص أنه اذا هلك المبيع المعيب بسبب عيب جديد غير موجب للضمان أو بحادث قهرى ، فان الخسارة التى نجمت من العيب القديم — بقطع النظر عن الهلاك الطارىء — تبقى على البائع .

وفرعوا على ذلك أنه اذا كان العيب القديم يجيز الفسخ للمشترى لولا هلاك المبيع ، وجب على البائع أن يرد الى المشترى كل الثمن ، والا اقتصر التزام البائع على أن يرد من الثمن مايقابل نقص قيمة المبيع أو نفعه الناشىء من العيب القديم اذا كان هذا النقص ممكنا تقديره بالرغم من هلاك المبيع، لأنه اذا لم يكن ممكنا تقديره تعذر الحكم للمشترى بما يقابله .

وظاهر أن ما ذهب اليه الشراح فى تفسير نص المادة ٤٠١ مختلط لايعدو أن يكون تطبيقا للقواعد العامة الا فى جزئية واحدة يخيل الينا أن فيها خروجا على تلك القواعد لامبرر له ، ذلك أن القول بأنه اذا كان العيب القديم

مما يجيز الفسخ وجب على البائع رد الثمن بأكمله يقتضى أن يكون المشترى قد استعمل حقه فى طلب الفسخ قبل هلاك المبيع حتى يمكن القاء تبعة هلاك المبيع على عاتق البائع باعتباره مالكا . أما اذا كان المشترى لم يطلب الفسخ قبل الهلاك، فان الهلاك يكون قد وقع اما فى يده ، واما فى يد البائع وقبل التسليم. ففى الحالة الأخيرة تكون تبعة هلاك المبيع كله على البائع ،وفى الحالة الأولى يكون على البائع ما يقابل ضمان العيب القديم ويهلك المبيع فيما جاوز ذلك على المشترى ما دام قد هلك فى يده وهو على ملكه . فلا يجوز للمشترى أن يطالب البائع الا بما يقابل ضمان العيب القديم .

فاذا أخذنا فى هذه الجزئية أيضاً بما تقضى به القواعد العامة طبقا لما تقدم ، أمكن القول بتطبيق هذه الأحكام دون حاجة الى النص عليها سواء كان ذلك فى ظل التقنين المدنى الأهلى الذى ألغى أو فى أى تقنين آخر يقوم على هذه القواعد العامة .

وقد رأى واضعو التقنين الحالى هذا الرأى أيضاً ، وأوشكوا أن يتركوا المسألة دون نص اكتفاء بهذه القواعد العامة ، ولكنهم خشوا أن يثير ذلك شبهة أن هلاك المبيع قد يسقط دعوى الضمان ، فتفادوا هذه الشبهة بأن نصوا فى المادة ٤٥١ مدنى على أن « تبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأى سبب كان » . وقصدوا بذلك أنه اذا هلك المبيع المعيب سواء كان هلاكه بسبب العيب القديم أو بسبب عيب جديد أو بحادث قهرى ، أى بسبب أجنبى عن كل من البائع والمشترى ، فان ذلك لا يؤثر فيما ثبت للمشترى من حقوق بظهور العيب الموجب للضمان ، طبقا للقواعد العامة التى تقدمت . واذا كان الهلاك بفعل المشترى ، فتطبق عليه أيضاً القواعد العامة ، ويمتنع عليه طلب الفسخ ولا يرجع الا بضمان العيب[1] .

---

(١) كان النص الأصلى للمادة ٤٥١ مدنى يقضى بأن « تبقى دعوى الضمان ، حتى لو هلك المبيع بسبب العيب ، أو هلك قضاء وقدرا» (المادة ٥٦٧ من المشروع التمهيدى) . =

٢٢٩ — سقوط الحق فى الضمان — يسقط حق المشترى فى ضمان العيوب الخفية اما بالتقادم ، واما بالنزول عنه .

وقد كانت المادة ٣٢٤/٤٠٢ من التقنين الملغى تقضى بوجوب تقديم دعوى الضمان الناشىء عن وجود عيوب خفية فى ظرف ثمانية أيام من وقت العلم بها والا سقط الحق فيها . وكان عيب هذا النص قصر المدة التى عينها لسقوط حق الضمان اذ لا تكاد تتسع لرفع الدعوى ، فزاد التقنين الحالى مدة سقوط دعوى الضمان بالتقادم الى سنة ، ولكنه جعلها تبدأ من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشترى العيب الا بعد ذلك (المادة ٤٥٢ فقرة أولى) ، فيسر بذلك على المشترى من حيث انه أفسح له فى الوقت الذى يرفع فيه الدعوى ، ووضع فى الوقت ذاته لمصلحة البائع حدا لامكان رفع الدعوى عليه فى الحالات التى يتأخر فيها ظهور عيب المبيع ، فوفق بذلك بين مصلحة المشترى وبين الاستقرار الواجب للمعاملات .

وتبدأ مدة السنة التى يتقادم بها ضمان العيب من وقت التسليم الفعلى لا من وقت التسليم الحكمى وتعتبر مدة تقادم لا مدة سقوط فتسرى عليها أحكام انقطاع التقادم ، فتنقطع مثلا بالمطالبة القضائية وباقرار البائع بمسئوليته ، ولكنها لا تقف فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية وفى حق الغائب ولا فى حق من حكم عليه بعقوبة جناية ، وانما تقف كلما وجد مانع يتعذر معه على المشترى أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا (المادة ٣٨٢)[1].

= وجاء فى المذكرة الايضاحية تعليقاً على هذا النص أن المشروع اكتفى بأن قرر أن دعوى الضمان تبقى حتى لو هلك المبيع بسبب العيب أو هلك قضاء وقدراً ، حتى تنتفى الشبهة فى أن هلاك المبيع قد يسقط دعوى الضمان . وفى لجنة مراجعة المشروع اقترح الأستاذ السنهورى ادخال تعديل يجعل الحكم أعم ، فلو هلك المبيع بفعل المشترى تطبق القواعد العامة ويمتنع عليه طلب الفسخ ولا يرجع الا بضمان العيب . وقد وافقت اللجنة على التعديل بالصيغة التى وردت فى المادة ٤٥١ من التقنين . (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٢٠ وما بعدها) .

(١) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط ج ٤ نبذة ٣٧٧ .

وقد نصت المادة ٤٥٢ مدنى على اطالة مدة التقادم الى أكثر من سنة من وقت التسليم فى حالتين :

(١) اذا قبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول من سنة (المادة ٤٥٢ فقرة أولى) ، فيعتبر ذلك اتفاقا على تشديد الضمان وهو جائز أيضاً طبقا للمادة ٤٥٣ التى سنعرض لها قريبا .

(٢) اذا تعمد البائع اخفاء العيب عن غش منه ، فلا تسقط دعوى الضمان حينئذ الا بخمس عشرة سنة من وقت البيع[1] .

أما النزول عن حق الضمان فاما أن يكون صريحا واما أن يكون ضمنيا ، وهو فى كلتا الحالين يسقط الحق فى طلب الضمان . وقد تقدم أن المشترى يعتبر نازلا ضمنا عن حق الضمان اذا أهمل فحص المبيع فى الوقت المناسب أو لم يبادر الى اخطار البائع بظهور العيب بمجرد كشفه (نبذة ٢٢١) .

وكانت المادة ٤٠٣/٣٢٥ مدنى قديم تنص على احدى حالات النزول الضمنى اذ تقضى بأن « تصرف المشترى فى المبيع بأى وجه كان بعد اطلاعه على العيب الخفى يوجب سقوط حقه فى طلب الضمان ». وقد رأى واضعو التقنين الحالى أن هذا الحكم واضح يسهل استخلاصه من القواعد العامة ، فلم ينصوا عليه ، ولكن العمل به واجب تطبيقا للقواعد العامة ، فيعتبر المشترى نازلا عن ضمان العيب بمجرد تصرفه فى المبيع بعد كشفه العيب دون اخطار البائع باحتفاظه بالضمان .

٢٣٠ — البيوع التى لا يثبت فيها ضمان العيوب الخفية — نصت المادة ٤٥٤ مدنى على أن « لا ضمان للعيب فى البيوع القضائية وفى البيوع الادارية التى تتم بالمزاد » . وقد كانت المادة ٤٠٥/٣٢٧ من التقنين الملغى تنص على مثل ذلك أيضاً .

---

(١) السنهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٧٥٣ .

وحكمة منع ضمان العيوب الخفية فى البيوع القضائية وفى البيوع الادارية التى تتم بالمزاد أن هذه البيوع يسبقها الاعلان والنشر عنها بمدة كافية تتيح للراغبين فى المزايدة أن يفحصوا المال المعلن عن بيعه قبل الاقدام على المزايدة فيه وأن المصلحة العامة تقضى بالتضييق فى فسخ هذه البيوع مراعاة لما تقتضيه من اجراءات ومصروفات وما تستغرقه من وقت طويل[1].

ويستوى فى ذلك أن يكون البيع القضائى أو الادارى الذى تم بالمزاد اجباريا أى مما يحتم القانون اجراءه بهذه الطريقة كبيع أموال المدين جبرا عليه وبيع أموال الممول تنفيذاً لما عليه من ضرائب ، أو أن يكون اختياريا كبيع المال الشائع لعدم امكان قسمته[2] .

٢٣١ — الاتفاق على تعديل أحكام الضمان — نص المشرع على الأحكام المتقدمة باعتبارها أحكاما مقررة لارادة العاقدين ، فتسرى هذه الأحكام عليهما ما لم يتفقا على ما يخالفها .

وقد أكدت المادة ٤٥٣ مدنى هذا اذ نصت على أن « يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا فى الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان . على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا اذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب فى المبيع غشا منه » .

وبناء على ذلك يجوز الاتفاق على اعفاء البائع من ضمان جميع العيوب الخفية أو بعضها ، أو على اعفائه من التضمينات فقط فى حالة ظهور عيب خفى ، وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمادة ٤٥٣ أنه يجوز الاتفاق على نقص

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٢٩ .

(٢) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط ج ٤ نبذة ٣٧١ ، أنور سلطان نبذة ٢٨٢ ، امام نبذة ٢٢٥ ، كامل مرسى نبذة ١٩٤ ، منصور نبذة ٩٠ ، جميل الشرقاوى ص ٣٨٥ هامش ٢ ، لبيب شنب نبذة ١٧٩ ص ٢٣١ ، اسماعيل غانم ص ١٩٧ .

مدة تقادم دعوى ضمان العيب التى حددها القانون بسنة . غير أن هذا القول لا يستند الى شيء من نص المادة المذكورة ، بل بالعكس يصطدم مع نص المادة ٣٨٨/١ التى تقضى بأنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون ، فكان هذا النص أولى بالاتباع مما جاء فى المذكرة الايضاحية المشار اليها[1] .

على أن هذا الشرط يقع باطلا اذا كان البائع عالما وقت البيع بوجود العيب الخفى فى المبيع وتعمد اخفاءه عن المشترى غشا منه واشترط الاعفاء من الضمان لتغطية نفسه ، بل ان الحكم لا يقتصر على ذلك فى هذه الحالة وإنما يترتب على غش البائع اطالة مدة تقادم دعوى الضمان فلا تسقط هذه الدعوى بمضى سنة من وقت التسليم بل بخمس عشر سنة من وقت العقد (راجع نبذة ٢٢٩).

وكذلك يجوز الاتفاق على تشديد الضمان بأن يقبل البائع الالتزام بالتضمينات عن جميع الأضرار التى تنشأ من ظهور عيب بالمبيع سواء كانت تلك الأضرار متوقعة أو غير متوقعة ، ولو كان هو حسن النية . وخلافا لما تقدم عن الاتفاق على تقصير مدة التقادم يجوز الاتفاق على اطالة هذه المدة لأن المادة ٤٥٢/١ نصت صراحة على هذا الجواز ، فكان نصها استثناء واردا على حكم المادة ٣٨٨/١ الذى تقدمت الاشارة اليه .

وقد افترض المشرع فى البائع قبول اطالة الضمان اذا كان قد ضمن صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل فى المبيع ، ونصت المادة ٤٥٥ مدنى على أنه يجب فى هذه الحالة « على المشترى أن يخطر البائع بهذا الخلل فى مدة شهر من ظهوره وأن يرفع الدعوى فى مدة ستة شهور من هذا الاخطار ، وإلا سقط حقه فى الضمان . كل هذا ما لم يتفق على غيره » . والمقصود بذلك بيع الأشياء الدقيقة كالساعات والسيارات والآلات الميكانيكية . فيجوز فيه

(١) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٧٥٢ و ٧٥٣ ، قارن عكس ذلك امام ص ٣٩١ ، البدراوى نبذة ٣٠١ ، ونبذة ٣٥٧ .

الرجوع بالضمان ، ولو بعد انقضاء سنة من تسليم المبيع ، على أن يكون ذلك فى خلال سبعة أشهر على الأكثر من تاريخ ظهور الخلل ، فيعتبر هذا النص اطالة لمدة الضمان اذا تأخر ظهور الخلل أكثر من خمسة أشهر وقت التسليم . أما اذا ظهر الخلل قبل ذلك ، فان تطبيق النص يؤدى الى تقصير مدة الضمان[1] .

٢٣٢ – انتقال حق الضمان الى من تنتقل اليه ملكية المبيع – يعتبر حق الرجوع بضمان العيوب الخفية حقاً متعلقاً بالمبيع ويدخل فى ضمن ملحقاته ، فينتقل مع المبيع الى من تنتقل اليه ملكيته . فيجوز لوارث المشترى ولمن تصرف اليه المشترى فى المبيع قبل أن يعلم بوجود العيب فيه أن يستعمل حق المشترى فى الرجوع بالضمان على من باع اليه[2] .

فاذا كان التصرف الصادر من المشترى بيعاً تم قبل كشف العيب فى المبيع ، فان المشترى الثانى يتلقى فى ضمن ملحقات المبيع دعوى الضمان التى كانت للمشترى الأول ضد بائعه ويملك هذه الدعوى لنفسه فيرفعها مباشرة على البائع الأول[3] . وله فوق ذلك دعوى ضمان أخرى ناشئة من عقد البيع الصادر اليه تخوله الرجوع على المشترى الأول باعتباره بائعاً اليه (البائع الثانى) . ولكنه لا يجوز له أن يباشر كلا الدعويين وأن يحصل من طريقها على التعويض مرتين ، فاما أن يرجع على بائعه وهذا يرجع بدوره على البائع الأول ، واما أن يرجع على البائع الأول مباشرة وينتهى الأمر عند هذا الحد .

أما اذا صدر البيع الثانى بعد ظهور العيب بالمبيع ، فاما أن ينص فيه على حفظ حق المشترى الأول فى الضمان وعلى نقله الى المشترى الثانى واما أن لا ينص فيه على ذلك . ففى الحالة الأولى ينتقل الى المشترى الثانى حق الضمان الذى ثبت للمشترى الأول قبل البائع الأول ، ولا يثبت له حق

---

(١) السنهورى فى الوسيط ج ٤ نبذة ٣٨٠ .

(٢) لبيب شنب نبذة ١٨١ .

(٣) نقض مدنى ٢٦ يناير ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨–٢٦٤–٤٠ .

الضمان قبل من تلقى هو للبيع منه لأن العيب كان ظاهراً بالمبيع وقت شرائه فلا يضمنه البائع .

وفى الحالة الثانية لا يكون للمشترى الثانى ولا للمشترى الأول أى حق فى ضمان العيب ، لأن المشترى الأول يعتبر بمجرد تصرفه فى المبيع بعد ظهور العيب ودون تحفظ أنه قد نزل عن حقه فى الضمان — وبالتالى يمتنع انتقال هذا الحق الى المشترى الثانى — ولأن هذا لا يثبت له حق فى الضمان قبل بائعه لظهور عيب المبيع وقت البيع الثانى .

٢٣٣ — دعوى فسخ البيع بسبب العيب الخفى ودعوى ابطال لغلط المشترى — تقدم أن اخلال البائع بالتزام ضمان العيوب الخفية يخول المشترى حق فسخ البيع فى بعض الأحوال . وقد يبدو أن جهل المشترى وقت العقد وجود العيب فى المبيع لا يعدو أن يكون غلطاً فى حالة المبيع ومن ثم يجيز للمشترى ابطال العقد بسبب الغلط ، فيكون اذن للمشترى الخيار بين الابطال للغلط وبين الفسخ للعيب كما فى حالة استحقاق المبيع حيث تقدم أنه يكون للمشترى الخيار بين فسخ البيع لاستحقاق المبيع وبين ابطاله لوروده على ملك الغير[1] . وتظهر أهمية هذا الخيار بوجه خاص فى تقادم كل من الدعويين ، فان دعوى الفسخ تتقادم بسنة من وقت تسليم المبيع ، أما دعوى الابطال للغلط فلا تتقادم الا بثلاث سنوات من وقت كشف الغلط أو بخمس عشرة سنة من وقت العقد .

(١) السنهورى فى الوسيط ج ٤ نبذة ٣٨٢ .

الفصل الثانى

التزامات المشترى

٢٣٤ — **التزامات المشترى ثلاثة** — يترتب على البيع التزام المشترى بدفع الثمن (المادة ٤١٨) ، وهو التزامه الرئيسى ، ويترتب عليه فوق ذلك التزامان ثانويان هما التزامه بنفقات العقد (المادة ٤٦٢) والتزامه بتسلم المبيع (المادة ٤٦٣) .

المبحث الأول

التزام المشترى بالثمن

٢٣٥ — **حكم القواعد العامة والنصوص المتعلقة بالتزام المشترى بالثمن** — يؤخذ من تعريف عقد البيع ذاته أن المشترى يلتزم بدفع ثمن نقدى فى مقابل نقل ملكية المبيع اليه[1] (المادة ٤١٨ مدنى) .

والأصل أن يرجع فى تعيين الوقت والمكان اللذين يجب أن يتم فيهما دفع الثمن وفى تحديد طريقة الدفع الى ارادة العاقدين[2] ، وكانت المادة

(١) غير أنه يمكن أن يكون الملتزم بالثمن شخصاً آخر غير المشترى سواء كان متبرعاً للمشترى بالثمن أو مقرضاً اياه ، كما لو اشترى الأب من ماله لحساب ولده ، أو التزم مقرض النقود فى عقد البيع بدفع الثمن لحساب المشترى (انظر السنهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٧٧٠ هامش ١) .

(٢) وحكم بأنه اذا أراد المشترى أن يبرىء ذمته من الثمن بعرضه على البائع أثناء المرافعة فأودع حال المرافعة شيكا لأمر البائع واعتبر الحكم هذا الايداع وفاء بالثمن مبرئا لذمة المشترى من الدين فانه ، يكون قد خالف القانون ، ذلك لأن الشيك وان كان يعتبر أداة وفاء الا أن الالتزام المترتب فى ذمة الساحب لا ينقضى بمجرد سحب الشيك بل بقيام المسحوب عليه بصرف قيمته للمستفيد (نقض مدنى ١٣ يونيه ١٩٥٧ المحاماة ٣٨—٨٦٣—٢٧٣).

٣٢٨/ ٤٠٦ من التقنين الملغى تنص على هذا الأصل بقولها انه « يجب على المشترى وفاء الثمن فى الميعاد وفى المكان المعينين فى عقد البيع وبالشروط المتفق عليها فيه » . فاذا خلا العقد من نص على احدى هذه المسائل وجب الرجوع فى شأنها الى عرف الجهة أو العادات التجارية . فاذا لم يوجد عرف أو عادة ، تعين الرجوع الى القواعد التى قررها المشرع فى هذا الشأن .

ويبين من ذلك أن هذه القواعد تعتبر مقررة ومفسرة لارادة العاقدين، وليست آمرة ، اذ هى لا يعمل بها الا عند عدم الاتفاق على ما يخالفها .

والأصل فى العقود المسماة أن يطبق عليها من أحكام القانون ما ورد فى شأنها بالذات وأن لا يرجع الى القواعد العامة الا فيما لم يرد فى شأنه نص خاص بالعقد المسمى (راجع ما تقدم فى نبذة ٤) .

ولأن القانون أورد فى باب البيع نصوصاً خاصة فيما يتعلق بالتزام المشترى بدفع الثمن، وجب تطبيق هذه النصوص الخاصة قبل الرجوع الى القواعد العامة.

غير أن تطبيق كل من هذه النصوص على وجهه الصحيح يقتضى تعيين طبيعته وما اذا كان يعتبر تطبيقا للقواعد العامة أو خروجا عليها، كما يقتضى فى هذه الحالة الأخيرة تحديد حكمة التشريع فى الخروج على القواعد العامة .

والقواعد العامة فى الوفاء بالالتزام بوجه عام تقضى بما يأتى :

(١) فيما يتعلق بوقت الوفاء ، أنه يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً فى ذمة المدين (الماده ٣٤٦ فقرة أولى مدنى) . على أنه يجوز للقاضى فى حالات استثنائية ، اذا لم يمنعه نص فى القانون ، أن ينظر المدين الى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم (المادة ٣٤٦ فقرة ثانية مدنى) .

(٢) وفيما يتعلق بمكان الوفاء ، أنه اذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات

وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام (المادة ٣٤٨ فقرة أولى) . أما فى الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين اذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال (المادة ٣٤٧ فقرة ثانية).

ومقتضى ذلك أن الدائن هو الذى يجب عليه فى هذه الحالة أن يسعى الى المدين بالمطالبة وأنه ليس على المدين أن يسعى بالوفاء الى الدائن ، أى أن الدين يطلب ولا يحمل .

(٣) وفيما يتعلق بنفقات الوفاء ، أنها تكون على المدين .

وفى ضوء هذه القواعد العامة نستطيع أن ندرس النصوص الخاصة التى وردت فى شأن التزام المشترى بدفع الثمن .

٢٣٦ — *المكان الذى يجب فيه وفاء الثمن* — تنص المادة ٤٥٦ مدنى على أن « يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك . فاذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع، وجب الوفاء به فى المكان الذى يوجد فيه موطن المشترى وقت استحقاق الثمن» (وكانت المادة ٣٢٩/٤٠٧-٤٠٩ من التقنين الملغى تقضى بمثل ذلك أيضا) .

ويؤخذ من هذا النص أن المشرع يفرق بين الوفاء بالثمن الذى يستحق وقت تسليم المبيع وبين الوفاء بالثمن الذى يستحق بعد ذلك .

ففى الحالة الأخيرة طبق المشرع حكم القواعد العامة ، فنص على أن الوفاء يكون فى المكان الذى يوجد فيه موطن المشترى وقت استحقاق الثمن (المادة ٤٥٦ فقرة ثانية وهى تطبيق للمادة ٣٤٧ فقرة ثانية) . غير أنه يلاحظ وجود فرق بين نص المادة ٤٥٦ فقرة ثانية ونص المادة ٣٤٧ فقرة ثانية التى تتضمن القاعدة العامة ، اذ اقتصر الأول على أن يقرر أن الوفاء يكون فى المكان الذى

يوجد فيه موطن المشترى فى حين أن الثانى قرر أن الوفاء يكون فى هذا المكان أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين اذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال . ولكن هذا الفرق غير مقصود ويجب تفسير عبارة المادة ٤٥٦ بما ورد فى المادة ٣٤٧ واعتبار وفاء المشترى بالثمن واجباً فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعماله اذا كان البيع متعلقا بهذه الأعمال ، اذ تقضى المادة ٤١ مدنى بأن « يعتبر المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً بالنسبة الى ادارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة » . فاذا اشترى المحامى أثاثا أو أدوات كتابية لمكتبه وجبت مطالبته بالثمن فى مكتبه لا فى المكان الذى يقيم فيه عادة[1].

أما اذا كان الثمن مستحقا وقت تسليم المبيع ، وهو يكون كذلك اذا حدد فى العقد وقت واحد لكل من تسليم المبيع ودفع الثمن ، أو اذا لم يحدد وقت لأى منهما فيكونان مستحقين فوراً ، أو اذا حدد وقت لتسليم المبيع ولم يحدد وقت لدفع الثمن فيكون الثمن مستحقا فى الوقت المحدد لتسليم المبيع ، فقد نص المشرع على أن يكون الوفاء بالثمن فى المكان الذى يسلم فيه المبيع (المادة ٤٥٦ فقرة أولى) . وظاهر أن فى هذا النص خروجا على القواعد العامة التى تقضى بأن يكون الوفاء فى موطن المدين وقت الوفاء أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين اذا كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال (المادة ٢/٣٤٧ مدنى) . وحكمته الرغبة فى أن الالتزامات المستحقة فى وقت واحد يتم تنفيذها معا فى مكان واحد ، حتى لا يحدث خلاف على من يجب أن ينفذ أولا وحتى لا يحتاج البائع والمشترى — والمفروض أنهما

---

(١) على أنه اذا كان المشترى قد منح بعد استحقاق الثمن أجلا لدفعه عملا بنظرة الميسرة أو تفضلا من البائع ، فان ذلك لا يؤثر فى اعتبار أن الثمن كان مستحقا وقت تسليم المبيع ، ويتعين على المشترى عند حلول الأجل الممنوح له أن يفى بالثمن فى مكان تسليم المبيع لأن هذا المكان قد تحدد بمجرد استحقاق الثمن قبل منح الأجل الجديد (السنهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٧٩٨ هامش ١ ، بلانيول وريبير وهامل ج ١٠ ص ١٦٥ هامش ٢) .

مجتمعان وقت تسليم المبيع فى المكان الذى يجب فيه التسليم — الى الاجتماع مرة أخرى فى موطن المشترى .

ويلاحظ أن المشرع لم يعرض لتعيين مكان الوفاء بالثمن فى حالة ثالثة غير الحالتين السابقتين هى الحالة التى يكون فيها الثمن مستحقاً قبل الوقت المعين لتسليم المبيع ، ولاشك فى انطباق القاعدة العامة على هذه الحالة اذ لاتتوافر فيها الحكمة التى اقتضت الخروج على هذه القاعدة فى الحالة السابقة . واذن يكون وفاء الثمن فى هذه الحالة فى موطن المشترى كما فى الحالة الأولى .

ويمكن القول اذن بوجوب التفرقة بين الأحوال التى يستحق فيها الثمن وقت التسليم والأحوال التى يكون فيها استحقاق الثمن فى وقت سابق أو لاحق لوقت التسليم ، وفى هذه الأحوال الأخيرة تطبق القواعد العامة . أما فى الأحوال الأولى ، فيكون الثمن مستحق الأداء فى مكان تسليم المبيع خلافاً للقاعدة العامة .

وكل هذا مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره .

٢٣٧ — *الوقت الذى يجب فيه وفاء الثمن* — فى القانون الفرنسى تنص المادة ١٦٥١ مدنى على أنه يجب على المشترى دفع الثمن فى الزمان والمكان اللذين يجب أن يتم فيهما تسليم المبيع ما لم يتفق على غير ذلك .

ومقتضى هذا النص أنه اذا عين أجل لتسليم المبيع دون تعيين أجل لدفع الثمن ، يجوز للمشترى أن يؤجل دفع الثمن الى الوقت المعين للتسليم .

أما التقنين المدنى المصرى الملغى فكان ينص فى المادة ٣٢٩ فقرة أولى ٤٠٧ منه على أنه فى حالة عدم وجود شرط صريح فى العقد يكون الثمن واجب الدفع حالا فى مكان تسليم المبيع . فكان ظاهر النص يفيد أن دفع

الثمن واجب حالا أى فور العقد وبقطع النظر عن حصول تسليم المبيع ، أى ولو كان التسليم مؤجلا . غير أن الفقه والقضاء أبيا الأخذ بهذا الظاهر ، واعتبرا النص موضوعاً للحالة الغالبة وهى التى لا يكون فيها اتفاق على تأجيل التسليم ، وذهبا الى أنه اذا عين فى العقد أجل للتسليم ، فان العدالة تقضى — ما دام العقد ملزما الجانبين وما دام تنفيذ التزامات كل من الجانبين يعتبر سبباً لالتزامات الجانب الآخر — أن يتم التنفيذ من الجانبين فى وقت واحد ، فلا يلزم المشترى بدفع الثمن الا فى الوقت المعين للتسليم .

وقد أخذ التقنين المدنى الحالى أيضاً بذلك ، فنص فى المادة ٤٥٧ فقرة أولى منه على أن يكون الثمن مستحق الوفاء فى الوقت الذى يسلم فيه ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك . وقد تقدم أن الأصل أن المبيع يكون واجب التسليم وقت العقد . واذن يكون الأصل فى التقنين الحالى وجوب تسليم المبيع ودفع الثمن فور العقد ، ولكن يجوز أن يتفق العاقدان على أن يدفع الثمن قبل التسليم أو بعده كأن يتفقا على أن يدفع الثمن فور العقد مع تأجيل تسليم المبيع ، أو يتفقا على أن يدفع الثمن مؤجلا على أقساط أو جملة واحدة مع تعجيل التسليم . فاذا اتفقا على أجل لتسليم المبيع ولم يحددا أجلا لدفع الثمن فيكون الثمن مستحقا فى الأجل المعين للتسليم . وقد يقضى العرف بأحكام أخرى فيتعين اتباعها اذا لم يتفق الطرفان على ما يخالفها[1].

وفى كل حالة يكون فيها وقت استحقاق الثمن والتسليم واحداً ، يثور

---

(١) نقض مدنى ٣ مايو ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ — ٥٧١ — ٨٦ وقد جاء فيه أنه متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى أن اتفاقاً قد تم بين الطرفين على دفع الثمن جميعه نقداً فى ميعاد معين فانه لا محل للرجوع الى العرف لمعرفة ميعاد دفع الثمن والطريقة التى يدفع بها أو لبيان ما اذا كان يحق للبائع التحلل من الصفقة اذا لم يوف المشترى الثمن فى الميعاد ما دام أن القانون قد خوله هذا الحق بنص صريح بما قرره فى المادة ٣٣٥ من القانون المدنى القديم من أنه اذا اتفق فى بيع البضائع والأمتعة المنقولة على ميعاد لدفع الثمن ولاستلام المبيع كان البيع مفسوخاً ضمنا اذا لم يدفع الثمن فى الميعاد المحدد بغير حاجة الى تنبيه رسمى .

التساؤل عن أى الطرفين يلزم أولا بوفاء التزامه ، اذ من المتصور أن يتوقف كل منهما عن وفاء التزامه حتى يفى الآخر التزامه . وجواب ذلك أن الطرف الذى يبدأ بمطالبة الآخر يجب أن يبدأ هو بوفاء التزامه . فان طالب المشترى البائع بتسليمه المبيع وجب عليه أن يبدأ بدفع الثمن ، والا جاز للبائع الامتناع عن التسليم . وان طالب البائع المشترى بالثمن كان عليه أن يسلم المبيع أولا ، والا جاز للمشترى الامتناع عن دفع الثمن[1] .

٢٣٨ — **ملحقات الثمن** — تلحق بالثمن أحياناً فوائده وتكاليف المبيع من وقت البيع الى حين تسليمه . وهذا عدا ما يلزم المشترى به أيضاً من نفقات وفاء الثمن ونفقات عقد البيع ورسومه ونفقات تسلم المبيع ، وسيأتى الكلام فى كل منها فى موضعه .

٢٣٩ — (١) **فوائد الثمن** — تنص المادة ٤٥٨ فقرة أولى مدنى على أن « لاحق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن الا اذا أعذر المشترى أو اذا سلم الشىء المبيع وكان هذا الشىء قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » .

ويخلص من هذا النص أن المشترى اذا لم يدفع الثمن فور العقد يلزم بفوائد عنه فى أربع حالات :

(الأولى) اذا اتفق العاقد على ذلك . وفى هذه الحالة يلزم المشترى بالفوائد المتفق عليها ومن الوقت المعين لذلك فى العقد ، على ألا يجاوز سعر الفائدة الاتفاقية ٧ ٪ فى السنة وفقاً للمادة ٢٢٧ مدنى . واذا نص العقد على استحقاق البائع فوائد عن الباقى له من الثمن دون تعيين سعر الفائدة ، استحقت له الفوائد بالسعر القانونى وهو وفقاً للمادة ٢٢٦ مدنى ٤ ٪ فى المواد المدنية أو ٥ ٪ فى المواد التجارية ، ولكنها تعتبر فوائد اتفاقية

(١) السنهورى فى الوسيط جـ٤ ص٧٩٧ هامش ١ .

لا فوائد قانونية. وتسرى هذه الفوائد الاتفاقية من الوقت الذى ينص عليه الاتفاق، سواء أكان هو وقت العقد أم وقت استحقاق الثمن أم وقت تسلم المشترى المبيع ولو لم يكن هذا قابلا أن ينتج ثماراً أو ايرادات أخرى[١].

(والثانية) اذا وجد عرف يقضى باستحقاق البائع فوائد عما لم يقبضه من الثمن، لأن العرف يقوم مقام اتفاق العاقدين. ومثل ذلك أن يتفق على أن يدخل الثمن فى حساب جار بين المشترى والمبيع، فتسرى عليه حينئذ فوائد قانونية بمقتضى عرف مستقر على حساب الفوائد القانونية على الحساب الجارى.

(والثالثة) اذا استحق الثمن وأعذر المشترى لدفعه فلم يدفعه، ويكون اعذاره، كما تقدم فى نبذة[٢]. ويلزم المشترى بالفوائد فى هذه الحالة من وقت اعذاره وليس من وقت المطالبة القضائية فحسب كما تقضى به القاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة ٢٢٦ مدنى (يراجع نص هذه المادة وقد ورد فى نهايته بأن حكمها يسرى «ما لم ينص القانون على غيره»). ويعتبر حكم المادة ٤٥٨ فى شأن الفوائد استثناء من تلك القاعدة العامة.

(والرابعة) يظهر من نص المادة ٤٥٨ المذكورة أن البائع يستحق فوائد عن الثمن الذى لم يدفع اليه اذا هو سلم الشىء المبيع وكان هذا الشىء قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى، كما اذا كان المبيع منزلا مؤجرا أو أوارضا مزروعة[٣] (وهذا ما كانت تقضى به أيضاً المادة ٣٣٠/٤١٠ مدنى قديم).

---

(١) السنهورى فى الوسيط ج ٤ ص٧٧٧.

(٢) وحكم بأن المطالبة القضائية من البائع باسترداد المبيع لعدم دفع الثمن تتضمن اعذارا بدفع الثمن، ويترتب عليها سريان الفوائد فى حق المشترى اذا رفض طلب الاسترداد وألزم المشترى بالثمن [استئناف مختلط ٢٤ مارس ١٨٩٢ (٤ ص٢١٦)].

(٣) ويجب التوسع فى فهم قابلية المبيع لانتاج ثمار أو ايرادات أخرى، بحيث يدخل فى ذلك قابلية المبيع لأى استعمال متقوم، كما فى بيع سيارة للاستعمال الشخصى، فان ما يمكن أن يفيده المشترى من استعمالها يعد من قبيل الثمار أو الايرادات الأخرى ويكفى لايجاب فوائد الثمن. وكذلك الحال لو كان المبيع أرضا فضاء معدة للبناء أو كتابا أو صورة زيتية =

وقد قرر المشرع ذلك لأنه رأى أن العدالة تقتضى أن يقابل تمكين المشترى من الانتفاع بالمبيع تمكين البائع من الانتفاع بالثمن ، سواء بدفعه اليه ليستغله بنفسه أو باعطائه فوائد عنه مقابل استغلال المشترى اياه ، وذلك حتى لا يجمع المشترى بين ثمار البدلين أى بين الريع والفوائد وحتى لا يحرم البائع منهما معا .

وقضت محكمة النقض بأن حق البائع فى فوائد الثمن اذا كان المبيع الذى سلم ينتج منه ثمرات أو أرباح أخرى يقوم على أساس من العدل الذى يأبى أن يجمع المشترى بين يديه ثمرة البدلين، المبيع والثمن، ولذلك حق أن يكون على المشترى فوائد ثمن المبيع المثمر الذى تسلمه من يوم تسلمه . ولا يقف جريان هذه الفوائد أن يكون الثمن أو أن يصبح غير مستحق الأداء حالا ، كأن يكون مؤجلا أصلا أو لعلة طارئة أو يكون محجوزا عليه أو محبوسا تحت يد المشترى . واذن فالمشترى لا يستطيع أن يتمسك بأنه غير ملزم بفوائد عن باقى الثمن حتى لو صح ما يدعيه من أن الثمن ما كان مستحق الأداء لعدم تسليم البائع اياه مستندات التمليك أو لتخلفه عن تحرير العقد النهائى متى كان قد وضع يده على الأطيان المبيعة[1] أو حتى لو كان الثمن غير مستحق الأداء حالا لسبب يرجع الى البائع نفسه كأن يكون تأجيل الثمن بسبب اهمال البائع ليستجمع أوراقه التى تثبت ملكيته حتى يمكن تحرير العقد النهائى[2].

= أو مصاغا . ففى هذه الأمثلة أيضا يمكن أن يجنى المشترى فائدة متقومة اذا استعمل الشىء فيما أعد له ، فبنى فى الأرض أو قرأ الكتاب أو حلى به مكتبته أو متع نفسه بمشاهدة الصورة أو بتزيين بيته أو مكتبه بها أو بحمل المصاغ . قارن عكس ذلك امام نبذة ٢٣٤ . وقد حل ذلك الأستاذ السنهورى على أن يقول انه كان الأولى من ناحية السياسة التشريعية أن تستحق الفوائد من وقت تسليم المبيع سواء كان قابلا لانتاج ايراد او غير قابل لذلك (السنهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٧٨٠ هامش ١) .

(١) نقض مدنى ٩ ديسمبر ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ٥ — ٦٧٩ — ٣٥٠ .

(٢) نقض مدنى ٥ ابريل ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ٢ — ٦٣٦ — ١٠٦ .

وقد حكم بأن المشترى يلزم فى هذه الحالة بفوائد الثمن ولو كان ممتنعاً عن دفعه استعمالا لحق الحبس اذ لا يجوز أن يجمع المشترى بين الانتفاع بالمبيع واستثمار الباقى فى ذمته من الثمن [١].

فاذا قضى الحكم للبائع بالفوائد القانونية من وقت المطالبة القضائية بها فقط وأغفل طلبه الحكم بها من وقت تسلم المشترى المبيع المنتج ثماراً ، كان ذلك قصوراً منه يستوجب نقضه[٢]. أما اذا لم يطلب البائع الفوائد المقابلة للثمار واقتصر على طلب فوائد عن الأقساط التى دفعت متأخرة عن أجل استحقاقها ، ورأت المحكمة أنه لا محل للحكم بفوائد عن هذا التأخير الا من وقت المطالبة القضائية بها ، فلا مخالفة فى ذلك للقانون[٣] .

وتسرى هذه الفوائد من وقت وضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من قبضه دون عائق[٤]. ويستمر سريانها الى حين وفاء كامل الثمن . واذا سدد الثمن أقساطاً ، سرت الفوائد على كل قسط من تاريخ تسلم المشترى المبيع الى تاريخ سداد هذا القسط .

غير أنه يلاحظ أن محل اشتراط المادة ٤٥٨ تسليم المبيع للمشترى لاستحقاق الفوائد للبائع أن يكون بين الطرفين اتفاق على أن ثمرة المبيع لا تكون للمشترى الا من تاريخ التسليم ، لأنه اذا لم يوجد اتفاق على ذلك فان ثمرة المبيع ونماءه يكونان للمشترى من وقت البيع وفقاً للمادة ٤٥٨ فقرة ثانية ، وحينئذ يتعين الزام المشترى بالفوائد ليس من تاريخ التسليم فحسب

(١) نقض مدنى ٩ ديسمبر ١٩٤٨ فهرس الخمسة وعشرين سنة لأحكام النقض ص ٣٦٢ نبذة ١٠٦ ، وأيضاً استئناف مصر ٢٤ نوفبر ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ — ٢٤ — ٩٣ .

(٢) نقض مدنى ١٤ يونيه ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ — ٨٠٨ — ١٢١

(٣) نقض مدنى ٢٣ ابريل ١٩٤٤ فهرس الخمسة وعشرين سنة لأحكام النقض ص ٣٦٢ نبذة ١٠٤ .

(٤) ويكفى فى ذلك مجرد اعذار المشترى لتسلم المبيع (بودرى لاكانتنرى نبذة ٥٢٥ ، السنهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٧٨٠ هامش ٣) .

بل من وقت البيع متى كان المبيع قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى(١).

ولذلك كان ينبغي أن تنص المادة ٤٥٨ فقرة أولى على حكم الحالة التي لا يكون فيها اتفاق على تأجيل استحقاق المشترى ثمرة المبيع الى حين تسليمه لأنها هي الأصل(٢).

وبناء على ذلك نرى تفسير عبارة المادة ٤٥٨ فقرة أولى مدني بمعنى أن البائع يستحق من وقت العقد فوائد عما لم يقبضه من الثمن متى كان المبيع قابلا أن ينتج ثماراً أو ايرادات أخرى، ما لم يتفق على أن المشترى لا يستحق ثمرة المبيع الا من وقت التسليم أو من أي وقت آخر، فلا يستحق البائع الفوائد الا من هذا الوقت أيضاً(٣).

---

(١) قرب في هذا المعنى نقض مدني ٣٠ يونيه ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ — ١٤٩٠ — ٢٠٧ ، وقد جاء فيه قوله : « لئن كانت المادة ٣٣٠ من القانون المدني القديم تقضي بأنه لا يكون للبائع حق في فوائد الثمن في حالة عدم الاتفاق عليها الا اذا كاف المشترى بالدفع تكليفا رسميا أو كان المبيع الذي سلم ينتج ثمرات أو أرباحا أخرى بما يوحي أنه ما لم يحصل هذا التكليف فان فوائد الثمن لا تستحق للبائع الا من تاريخ تسلم المشترى المبيع المثمر، لما كانت العلة في ربط حق البائع في فوائد الثمن بتسليمه المبيع المثمر للمشترى هي عدم جواز جمع المشترى بين ثمرة البدلين — المبيع والثمن — وافتراض المشرع أن وسيلة المشترى الى التمكن من الاستيلاء على الثمرات هي تسلمه المبيع فانه في أية حالة يتمكن فيها المشترى من الاستيلاء على هذه الثمرات ولو لم يتسلم المبيع فعلا فانه يلزم بدفع الفوائد بالسعر القانوني حتى لا يجمع بين الثمرات والفوائد ، فينتفع بالثمن والمبيع معا . فاذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى للمطعون ضده (المشترى) بثمرات المبيع عن مدة سابقة على تاريخ وفائه باقي الثمن ، فانه اذ رفض القضاء للطاعن (البائع) بفوائد ما لم يكن قد دفع له من الثمن واجراء المقاصة بين هذه الفوائد وما يعادلها من الثمرات تأسيسا على أن المبيع كان تحت يده ، فان الحكم يكون مخالفاً للقانون .

(١) ويفسر ورود النص بهذا الشكل أن النص التالي له في مشروع تنقيح القانون المدني (وهو المادة ٦٠٤) كان يجعل للمشترى ثمر المبيع ونماءه من وقت أن يصبح الثمن مستحقا ، فاقترح في لجنة المراجعة تعديله بجعل استحقاق الثمار من وقت التسليم أو من وقت البيع ، فأخذت اللجنة بالاقتراح الأخير وتركت النص المتعلق باستحقاق الفوائد على أصله (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٣٩ وما بعدها) .

(٢) قارن السنهوري في الوسيط ج ٤ ص ٨٨٢ .

على أننا نرى أنه اذا كان الثمن مؤجلا أصلا فى عقد البيع ، فان المشترى لا يلزم بالفوائد ولو كان المبيع قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى الا من وقت حلول الأجل ولو تم تسليم المبيع قبل ذلك ، لأن تعيين أجل فى العقد لدفع الثمن يفرض معه مراعاة هذا الأجل فى تحديد الثمن ، أى أن الثمن المسمى يعتبر شاملا قيمة المبيع وقت العقد وقيمة ثمراته التى ينتجها من ذلك الوقت الى حين استحقاق الثمن ، فلا تسرى عليه فوائد الا من تاريخ استحقاقه ما لم ينص فى العقد على غير ذلك ، وبعبارة أخرى فان الثمن المؤجل فى عقد البيع ذاته لا تسرى عليه فوائد قبل حلول أجله ما لم يشترط ذلك صراحة فى العقد ، ولو كان المبيع منتجاً ثمارا ، وسواء سلم الى المشترى أولم يسلم[1]. وهذا بخلاف الثمن المرجأ وفاؤه بناء على نظرة الميسرة أو استعمالا للحق فى الحبس ، فان أجله لا يكون ملحوظا فى تقدير الثمن ، فلا يقف سريان الفوائد طالما أن المشترى قد أصبحت له ثمار المبيع ومنافعه[2] .

والمفروض فى الحالات الثلاث الأخيرة التى يستحق فيها البائع فوائد عن الثمن وفقاً لما تقدم أنه لا يوجد فيها اتفاق لا فيما يتعلق باستحقاق الفوائد

---

(١) نقض مدنى ١٥ ابريل ١٩٥١ فهرس الخمسة وعشرين سنة لأحكام النقض ص ٣٦٢ نبذة ١٠٥ .

(٢) فى هذا المعنى مذكراتنا فى آثار البيع سنة ١٩٥٠ نبذة ٥٦ ، وقد أخذ بذلك أيضا الأستاذ السنهورى فى الوسيط ج ٢ سنة ١٩٥٦ ص ٩٠٢ نبذة ٥١٠ ، والدكتور البدراوى فى عقد البيع سنة ١٩٥٨ نبذة ٣٦٧ ص ٥٤١ ، عباس الصراف فى البيع والايجار ص ٢٣٣. انظر عكس ذلك اسماعيل غانم ص ٢١٣ ، منصور نبذة ٩٩ ص ٢٢٤ ، أنور سلطان نبذة ٢٩٦ ص ٣٥٨ ، امام نبذة ٢٢٤ ص ٣٩٨ ، نقض ٩ ديسمبر ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ٥ ـ ٦٧٩ ـ ٣٥٠ ، وأيضاً ٥ أبريل ١٩٥١ فهرس الخمسة وعشرين سنة لأحكام النقض ص ٣٦٢ نبذة ١٠٥ .

وانظر حكم الشريعة الاسلامية فى رسالة عبد الهادى العطافى فى الحق فى الحبس يناير ١٩٥٨ ص ٢٠١ وما بعدها .

ولا فيما يتعلق بسعر الفائدة ، فتحسب الفوائد التى يلزم بها المشترى بالسعر القانونى أى بواقع ٤ ./. اذا كان البيع مدنياً أو ٥ ./. اذا كان تجارياً .

٢٤٠ — (ب) تكاليف المبيع — يلزم المشترى بأن يدفع الى البائع وفق الثمن المسمى تكاليف المبيع من وقت تمام البيع كالضرائب ومصروفات الصيانة ومصروفات الاستغلال ، لأن هذه التكاليف تقع على عاتق من ينتفع بالمبيع ، وقد نصت المادة ٤٥٨ فقرة ثانية على أن « للمشترى ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضا ، هذا مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » .

٢٤١ — حق المشترى فى حبس الثمن — يلتزم المشترى بدفع الثمن فى ميعاد استحقاقه ليحصل فى مقابل ذلك على ملكية المبيع وحيازته حيازة هادئة نافعة . وقد تقدم أن المشرع خول المشترى حق الرجوع على البائع بالضمان فى حالات التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية . غير أن المشترى لا يلجأ الى دعوى الضمان الا اذا كان قد وفى الثمن . أما اذا لم يكن قد وفاه ، كان أجدى له من الرجوع بالضمان أن يمتنع عن وفاء الثمن بعد استحقاقه . وقد قرر المشرع للمشترى هذا الحق فى بعض الحالات حتى لا يعتبر امتناعه عن دفع الثمن بعد استحقاقه اخلالا بالتزامه ، فبعد أن نص فى الفقرة الأولى من المادة ٤٥٧ مدنى على تعيين الوقت الذى يجب فيه وفاء الثمن ، استدرك على ذلك بأن نص فى الفقرتين التاليتين على أنه « اذا تعرض أحد للمشترى مستنداً الى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو اذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشترى ، جاز له ما لم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا . ويسرى حكم الفقرة السابقة فى حالة ما اذا كشف المشترى عيباً فى المبيع » .

ويخلص من ذلك أن القانون يخول المشترى الحق فى حبس الثمن بعد استحقاقه فى ثلاث حالات :

(١) اذا تعرض أحد للمشترى مستنداً الى حق سابق على البيع أو آيل من البائع . وهذه هى حالة التعرض القانونى الصادر من الغير التى كان يثبت فيها للمشترى الرجوع بضمان التعرض لو أنه كان قد وفى الثمن . فاذا تحققت قبل وفاء الثمن ، كان الأولى أن يسمح للمشترى بالامتناع عن الوفاء بدلا من الزامه به أولا ثم تخويله حق الرجوع .

(٢) اذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشترى . وظاهر أن المشرع لم يشترط فى حبس الثمن فى هذه الحالة ما يشترط فى الرجوع بالضمان من حيث تحقق التعرض أو الاستحقاق فعلا ، ولا من حيث عدم علم المشترى وقت العقد بسبب التعرض أو الاستحقاق(١)، لأن استعمال المشترى حق حبس الثمن أخف وطأة على البائع من استعماله دعوى ضمان الاستحقاق ، فاكتفى فيه بمجرد خشية التعرض، على أن تكون هذه الخشية مبنية على أسباب معقولة ،

(١) نقض مدنى ١٩ يناير ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ – ١٤٣ – ٢٤ وقد جاء فيه أن مفاد نص المادة ٣٣١ مدنى (قديم) والتى تقابل المادة ٤٥٧ / ٢ و ٣ من القانون القائم أن المشرع لم يقصر حق المشترى فى حبس الثمن على حالة وقوع تعرض له بالفعل ، وانما أجاز له هذا الحق أيضاً ولو لم يقع هذا التعرض اذا تبين وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من يده . فمجرد قيام هذا السبب لدى المشترى يخول له الحق فى أن يحبس ما لا يكون قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذى يهدده وذلك ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان فى العقد شرط يمنعه من استعماله . وعلم المشترى وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من يده لا يكفى بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطاً بالخطر الذى يتهدده ويكون فى نفس الوقت معتمداً على البائع فى دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقى فى ذمته من الثمن ما دام أنه لم يشتر ساقط الخيار . واذا كان اكتشاف المشترى أن المبيع أو بعضه غير مملوك للبائع يعتبر من الأسباب الجدية التى يخشى معها نزع المبيع من تحت يده ، فانه يجوز للمشترى أن يحبس ما لم يؤده من الثمن حتى ولو كان المالك الأصلى لم يرجع عليه بدعوى الاستحقاق أو ينازعه بعد فى المبيع .

وسواء كان المشترى عالما وقت العقد بسبب التعرض أو الاستحقاق أو غير عالم به(١). فاذا وجد على العقار المبيع رهن أو اختصاص، فان ذلك لا يكفى للرجوع بالضمان ولكنه يخول المشترى حبس الثمن اذا لم يكن قد دفعه. ولا يكفى لنفى حقه فى حبس الثمن سبق علمه بوجود الرهن أو الاختصاص من وقت البيع(٢).

(٣) اذا كشف المشترى عيباً فى المبيع مما يوجب ضمان البائع. ولم يكن حق الحبس فى هذه الحالة منصوصاً عليه فى التقنين الملغى، ولكن واضعى التقنين الحالى رأوا أنه ما دام المشترى الذى يكشف العيب الخفى بعد دفع الثمن يكون له حق الرجوع على البائع بضمان العيوب فانه اذا كشف العيب قبل الدفع يكون أولى بحبس الثمن من المشترى الذى لا يكشف الا سبباً معقولا لا يخشى معه التعرض، فسووا بين الحالتين ونصوا فى شأنهما على حق المشترى فى حبس الثمن.

غير أنه يلاحظ أن حق المشترى فى حبس الثمن فى هذه الحالات الثلاث لا يعدو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة المنصوص عنها فى المواد ٢٤٦

---

(١) فى هذا المعنى نقض مدنى ٤ ديسمبر ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ — ١٠١٨ — ٤١٢ وقد جاء فيه أن علم المشترى وقت الشراء بسبب نزع الملكية لا ينافى حقه فى الحبس لأنه قد يكون محيطا بالخطر الذى يهدده، ويكون فى الوقت نفسه معولا على البائع فى دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقى فى ذمته من الثمن. واذا كان النص العربى للمادة ٣٣١ مدنى أهلى قد قال فى بيان شرط الحبس « اذا ظهر سبب يخشى منه نزع الملكية »، فهو لم يرد ربط قيام حق الحبس بخطر ظهر بعد خفاء بل أراد ربطه بوجود خطر نزع الملكية ذاته، خافيا كان على المشترى وقت الشراء أو لم يكن. ومتى تقرر ذلك كان جهل المشترى سبب نزع الملكية وقت الشراء ليس شرطاً فى قيام حقه فى الحبس. أما علمه بهذا السبب فقد يصلح بحسب الواقع فى الدعوى دلالة على تنازله عن حقه فى الحبس بعد قيامه.

(٢) استئناف مصر ٤ مايو ١٩٢٥ المحاماة ٥ — ٨١١ — ٦٦٢ ، ٢٤ يناير ١٩٤٣ المجموعة ٤٤ رقم ٦٢ ، استئناف مختلط ١٢ يناير ١٩٣٩ (٥١ ص ١١٦) ، ١٣ فبراير ١٩٤٠ (٥٢ ص ١٤٩) ، وانظر نقض مدنى ٤ ديسمبر ١٩٤٧ المشار اليه آنفاً.

وما بعدها بشأن الحق فى الحبس بوجه عام أو الدفع بعدم التنفيذ[1].

وبناء على ذلك لا تعتبر هذه الحالات واردة على سبيل الحصر، فيجوز للمشترى حبس الثمن فى غيرها من الحالات ، وبوجه خاص :

(١) اذا تعرض البائع نفسه للمشترى سواء كان تعرضه مادياً أو قانونياً[2]. (ويلاحظ أن المادة ٤٥٧ فقرة ثانية لم تذكر الا حالة التعرض القانونى الصادر من الغير مع أن حالة التعرض الصادر من البائع شخصياً موجبة مثلها للضمان ولا تقل عنها خطورة) .

(٢) اذا امتنع البائع عن اجراء اللازم لنقل ملكية المبيع الى المشترى فى الأحوال التى يحتاج فيها نقل الملكية الى اجراء معين كالتسجيل وما يقتضيه من تقديم بيانات المبيع ومستندات الملكية وقسائم العوائد أو ورد المال والتوقيع على عقد صالح للتسجيل أمام كاتب التصديقات الخ . فان هذا الامتناع يخول المشترى ألا يدفع الثمن وأن يحبسه الى أن يقوم البائع بهذه الاجراءات . والمتبع عملا أن لا يدفع المشترى الثمن أو على الأقل الجزء الأكبر منه الا عند توقيع البائع أمام كاتب التصديقات أو أمام موثق العقود على العقد المؤشر عليه من مكتب الشهر بصلاحيته للشهر .

(٣) اذا اتفق على وجوب تسليم المبيع قبل استحقاق الثمن وكان البائع

---

(١) نقض مدنى ١٧ ديسمبر ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ — ٨١٠ — ١٢٢ وقد جاء فيه أن عقد البيع عقد تبادلى ينشىء بين طرفيه التزامات متقابلة ، وقد أوجبت المادة ٤٣٩ مدنى على البائع أن يمتنع عن كل تعرض من جانبه للمشترى فى حيازته للمبيع سواء كان التعرض ماديا أو قانونياً . وهذا الالتزام المستمر الملقى على عاتق البائع يقابله التزام المشترى بأداء الثمن. وقد خولت المادة ٤٥٧/٢ مدنى المشترى حق حبس الثمن حتى يمتنع التعرض .

(٢) انظر فى هذا المعنى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ، فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٣٦ ، وكتابنا فى أحكام الالتزام نبذة ٢١٥ وما بعدها ، السنهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٧٩٣ .

معذرا لتسليمه ،جاز للمشترى حبس الثمن بعد استحقاقه ، لأن اخلال البائع بالتزامه وقت استحقاق الثمن يخول المشترى أن يمتنع عن الوفاء بالثمن الى أن ينفذ البائع التزامه بالتسليم[١].

وفى جميع الأحوال التى يثبت فيها للمشترى حق حبس الثمن يبقى له هذا الحق مابقى سببه قائماً ولايحتاج فى استعماله الى اعذار البائع[٢]. وينقضى هذا الحق بانقطاع سببه ، فيزول بزوال التعرض ، أو بزوال السبب الذى كان يخشى معه حدوث التعرض ، أو باصلاح العيب الذى ظهر فى المبيع ، أو باعطاء المشترى بديلا من المبيع خالياً من العيب ، أو بكف البائع عن التعرض الشخصى ، أو بقيامه بتنفيذ التزامه بنقل الملكية أو بتسليم المبيع[٣] .

غير أنه فى جميع هذه الأحوال يسقط حق المشترى فى حبس الثمن اذا طالبه البائع بالوفاء وقدم له كفيلا يضمن ماعسى أن يستحق له من تعويضات بسبب ضمان التعرض أو الاستحقاق أو العيب أو بسبب الاخلال بأى التزام آخر (المادة ٤٥٧ فى عجز الفقرة الثانية منها) .

ولأن الحق فى الحبس وارد فى هذه الحالات على الثمن وهو قابل للتجزئة ، يكون هو أيضا قابلا للتجزئة . فاذا سلم البائع أكثر المبيع أو كان الخطر

---

(١) وكذلك اذا تم التسليم فى ميعاده ثم عاد المبيع الى البائع لأى سبب من الأسباب فاحتفظ به وامتنع عن رده الى المشترى ، كما لو سلم البائع السيارة ثم أعادها اليه المشترى بعد مدة قصيرة لتشحيمها فاحتفظ بها ولم يردها .قرب فى هذا المعنى نقض مدنى ١٧ ديسمبر ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ — ٨١٠ — ١٢٢ . وقد جاء فيه أنه متى كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بالتزام المشترى بدفع باقى الثمن على أساس الفصل بين واقعة تسليم السيارة للمشترى عقب حصول البيع وبين واقعة حجز البائعين لها عقب اعادتها اليهم لتشحيمها وكان هذا الذى قرره الحكم لايصلح ردا على دفاع المشترى الذى تمسك فيه بعدم دفع الثمن لاستمرار تعرض البائعين له رغم الحكم عليهم بتسليم السيارة ، فانه يكون مشوبا بالقصور مما يستوجب نقضه.

(٢) نقض مدنى ١٩ يناير ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ـ١٤٣ـ٢٤ .

(٢) السنهورى فى الوسيط جـ٤ ص٧٩٤ .

لا يتهدد الا جزءاً من المبيع ، لم يجز للمشترى حبس الثمن كله ، بل يتعين عليه أن يقتصر على حبس قيمة ما لم يسلم اليه من المبيع أو قيمة الجزء من المبيع المهدد بخطر الضياع[1] .

٢٤٢ — *أحوال لا يثبت فيها للمشترى حق حبس الثمن* — لا يثبت للمشترى حق حبس الثمن مع توافر السبب الموجب له على الوجه المتقدم فى الأحوال الآتية :

(١) اذا نزل المشترى صراحة فى عقد البيع عن حقه فى حبس الثمن ، فليتزم أن يدفع الثمن عند استحقاقه ولو حدث له تعرض فى حيازته أو ظهر له سبب يخشى معه الاستحقاق أو كشف فى المبيع عيبا ، وذلك لأن نص المادة ٤٥٧ فقرة ثانية وثالثة ليس نصا آمرا فيجوز الاتفاق على مايخالفه .

(٢) اذا دفع المشترى الثمن بعد العلم بالسبب الموجب لحبسه ، اذ يعتبر بذلك أنه قد نزل ضمنا عن حقه فى الحبس[2] ، فلا يجوز له أن يطالب البائع برد الثمن اليه ليستعمل عليه حق الحبس . وانما يجوز له الرجوع عليه بالضمان وفقا للأحكام التى تقدمت ، ويلاحظ أن هذه الأحكام لا تخول المشترى الرجوع بضمان الاستحقاق الا اذا كان المبيع قد استحق فعلا . أما اذا اقتصر الأمر على ظهور سبب يخشى معه الاستحقاق ، فلا يكون للمشترى الا فسخ البيع (راجع نبذة ٢١٠) .

(٣) اذا علم المشترى وقت البيع بوجود سبب الاستحقاق أو العيب الخفى أو كان قد اشترى ساقط الخيار ، لأنه لو دفع فى هذه الحالة لا يكون

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٧٩٣ .

(٢) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ٤ ص ٧٩٣ وهو يذهب الى أن حق المشترى فى حبس الثمن يسقط بالوفاء حتى لو كان المشترى وقت الوفاء غير عالم بقيام السبب الذى يخوله الحبس .

له رجوع بالضمان (المادة ٤٤٦ فقرة ثانية والمادة ٤٤٧ فقرة ثانية)(١) ، فلا يكون له حق حبس الثمن قبل دفعه .

ومتى ثبت للمشترى حق حبس الثمن ، كان له أن يبقيه تحت يده مع استمرار شغل ذمته به ، أو أن يودعه خزانة المحكمة حتى تبرأ ذمته منه ويقف سريان الفوائد فى حقه(٢).

٢٤٣ — حق المشترى في طلب خفض ما لم يدفعه من الثمن اذا صار مرهقا له بسبب ظروف طارئة ـ تنص المادة ٢/١٤٧ مدنى على استثناء من القاعدة التى قررتها فقرتها الأولى القاضية بأن العقد شريعة العاقدين ، فتقول : « ومع ذلك اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وان لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول » .

وبمقتضى هذا الاستثناء يجوز للمدين أن يطلب من القاضى أن يخفض له التزامه اذا أصبح هذا الالتزام مرهقاً له بسبب طروء ظروف استثنائية غير متوقعة .

وقد ثار الجدل حول تعيين أنواع العقود التى يمكن أن يطبق فيها حكم هذه الظروف الطارئة ، أهى العقود المستمرة والعقود دورية التنفيذ فحسب ، أم يمكن تطبيقها على غير ذلك من العقود كالبيع المؤجل أو المقسط فيه الثمن؟

وقد أثار صدور قانون الاصلاح الزراعى (رقم ١٩٥٢/١٧٨) مسألة تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود بيع الأراضى الزراعية التى أبرمت

---

(١) راجع ما تقدم فى نبذة ٢١٢ ونبذة ٢٢٢ .

(١) السنهورى فى الوسيط جـ٤ ص ٧٩٢ .

قبل صدور ذلك القانون وقبل توقع صدوره والتى لم يتم تنفيذها حتى صدوره سواء لعدم تمام اجراءات الشهر أو لاتفاق الطرفين على تأجيل بعض الثمن أو تقسيطه ، حيث قد ترتب على تطبيق أحكام هذا القانون تحديد أجرة الأراضى الزراعية وخفض أثمانها خفضاً كبيراً جعل التزامات المشترين بأثمان مؤجلة أو منجمة شديدة الارهاق لهم ، فذهب البعض الى عدم جواز افادة هؤلاء المشترين من حكم الظروف الطارئة لأن عقد البيع عقد بطبيعته فورى ولأن نظرية الظروف الطارئة لا تنطبق الا على العقود المستمرة أو الدورية التنفيذ[1] . وقد ذهبنا نحن مع فريق آخر من الشراح الى عكس ذلك استناداً الى عموم نص المادة ٢/١٤٧ مدنى والى توافر حكمة تشريع هذا النص فى عقود البيع مؤجلة الثمن توافرها فى العقود المستمرة أو دورية التنفيذ ، وهى تحقيق العدالة ورفع العنت عن المدين تمكينا له من تنفيذ التزامه دون ارهاق كبير[2] .

وقد أخذت بهذا الرأى محكمة استئناف مصر فى حكم لها بتاريخ ٨ ديسمبر ١٩٥٧ طبقت فيه نظرية الظروف الطارئة على عقد بيع أطيان زراعية أبرم قبل صدور قانون الاصلاح الزراعى فى سنة ١٩٥٢ بثمن مؤجل بعضه الى عدة سنوات ، وذلك بعد أن استعرضت الشروط اللازمة لاعتبار الحادث ظرفا طارئاً يقتضى تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، وقررت توافرها جميعاً

---

(١) محمد على عرفه فى شرح قانون الاصلاح الزراعى ط ٢ ص ٤٩ ، استئناف مصر ٢٦ فبراير ١٩٥٦ فى الاستئناف رقم ٨٦٥ سنة ٧٢ ق ، ١٣ نوفبر ١٩٥٨ فى الاستئناف رقم ٩٨٩ سنة ٧٤ ق ، ١٤ يونيه ١٩٥٩ فى الاستئنافين رقم ٩١٠ و١٠٧١ سنة ٧٥ ق .

(٢) كتابنا فى نظرية العقد سنة ١٩٥٦ نبذة ٢٦٩ ، وكتابنا فى أصول الالتزام الجزء الاول فى مصادر الالتزام سنة ١٩٥٨ نبذة ٢٧٢ ص ٥٩٣ ، وانظر زكى سعيد البدرمانى فى شرح قانون الاصلاح الزراعى سنة ١٩٥٣ ص ٩٧ نبذة ٦٦٢ ، وقرب السنهورى فى الوسيط ج ١ نبذة ٤٢٠ وبحثه فى مجلة المحاماة س ٤١ عدد سبتمبر ١٩٦٠ ص ١٠٧ ، عبد الحى حجازى فى مصادر الالتزام سنة ١٩٥٤ ص ١٩٥ ، أنور سلطان فى مصادر الالتزام سنة ١٩٥٥ ص ٣٢٣ نبذة ٣١٤ .

فى صدور قانون الاصلاح الزراعى بعد ابرام البيع المذكور ، الا فيما يتعلق بشرط الارهاق ، فقد ندبت لتحقيقه خبيراً[1] .

وقد أيدت ذلك محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ ٣ يناير سنة ١٩٦٣ حيث قررت أنه يبين من نص المادة ٢/١٤٧ أن المشرع قد أطلق التعبير بالالتزام التعاقدى دون أن يخص نوعاً من الالتزام التعاقدى بعينه وانما أورد النص عاما بحيث يتسع لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة على جميع العقود التى يفصل بين ابرامها وبين تنفيذها فترة من الزمن يطرأ خلالها حادث استثنائى عام غير متوقع يؤدى الى جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين ، فان هذه النظرية تنطبق على عقود المدة ذات التنفيذ المستمر أو الدورى كما تنطبق على العقود الفورية التى يتفق فيها على أجل لاحق لتنفيذ بعض التزامات العاقدين، لتحقق حكمة التشريع فى الحالتين ، وهى اصلاح ما اختل من التوازن الاقتصادى للعقد فى الفترة ما بين ابرامه وتنفيذه نتيجة للظروف الاستثنائية التى طرأت خلال هذه الفترة ، وذلك برفع العنت عن المدين تمكيناً له من تنفيذ التزامه دون ارهاق كبير . وهذا الاختلال كما يحدث فى الالتزامات التى تنفذ بصفة دروية أو مستمرة يحدث كذلك فى الالتزامات المؤجلة التنفيذ ، على أنه يشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة ألا يكون تراخى تنفيذ الالتزام الى ما بعد وقوع الحادث الطارىء راجعاً الى خطأ المدين اذ لا يجوز له أن يستفيد فى هذه الحالة من تقصيره[2] .

---

(١) استئناف مصر ٨ ديسمبر ١٩٥٧ المحاماة ٣٨ — ٧٣٦ — ٢٩٣ .

(٢) نقض مدنى ٣ يناير ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ـ ٣٧ ـ ٢ ، وانظر أيضاً فى هذا المعنى نقض مدنى ١٨ فبراير ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ ـ ١٩١ ـ ٣٠ وقد أضاف الى ما تقدم من أسباب الحكم السابق قوله انه « لايقدح فى تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود البيع المؤجل فيها الثمن كله أو بعضه أن ارجاء دفع الثمن انما قصد به تيسير التنفيذ على المشترى ، فلا ينبغى أن يضار به البائع ، ذلك أن الأجل أمر ملحوظ فى التعاقد على الصفقة أصلا ، ولولاه ما تمكن البائع من ابرام العقد بالثمن المتفق عليه فيه ، فلا يعتبر والحال كذلك تأجيل تنفيذ التزام المشترى بدفع الثمن تفضلا من البائع » .

وكان قد نوزع فى القضية ذاتها فى جواز اعتبار صدور قانون الاصلاح الزراعى ظرفاً طارئاً مما يبرر تطبيق المادة ١٤٧/٢ مدنى ، فقالت محكمة النقض فى حكمها المشار اليه « ان الشروط التى يتطلبها القانون فى الحادث الطارىء قد توافرت فى قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٩٥٢/١٧٨ ، فهو بحكم كونه قانونا يعتبر حادثاً عاماً ، وهو بعد حادث استثنائى لم يكن فى الوسع توقعه ولا ممكناً دفعه . ولا يغير من اعتباره كذلك كونه تشريعاً ، ذلك أن نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ مدنى قد أطلق فى التعبير عن الحادث ، فلم يقيده بأن يكون عملا أو واقعة مادية »(١)

هذا فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها فى الحادث الطارىء من حيث منشؤه . وكذلك فيما يتعلق بالشرط الواجب توافره فيه من حيث نتيجته ، أى شرط التسبب فى ارهاق المدين ارهاقا يهدده بخسارة فادحة . فقد قالت محكمة النقض فى ذلك انه « لا يجوز الاستناد فى نفى الارهاق الذى تتطلبه المادة ١٤٧/٢ مدنى الى القول بأن الواقع الملموس فى الحياة العملية يدل على عدم تأثير قانون الاصلاح الزراعى فى ثمن الأطيان الزراعية ، ذلك أن المشرع قد أقر فى المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٩٥٣/٤٥٢ بأنه ترتب على صدور قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٩٥٢/١٧٨ انخفاض أثمان الأراضى الزراعية وتحديد قيمة الأجرة عنها ، كما أقر بذلك فى القرار الذى اتخذه مجلس الوزراء فى ١١ أغسطس ١٩٥٣ بالموافقة على المذكرة المقدمة اليه من وزارة المالية بشأن منح بعض التسهيلات لمشترى أراضى الحكومة والتى

= وأضافت محكمة النقض الى ذلك أيضا فى حكم آخر أنه لايشترط فى تطبيق المادة ١٤٧/٢ مدنى أن تكون الالتزامات المتبادلة متراخية التنفيذ على وجه التقابل الى ما بعد الحادث الطارىء بل يكفى وجود التزام على أحد العاقدين متراخى التنفيذ الى ما بعد الحادث الطارىء ثم صار مرهقا للمدين ، دون ما اعتبار بكون الالتزام المقابل قد تم تنفيذه أو كان تنفيذه متراخياً كذلك (نقض مدنى ٢١ مارس ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ – ٣٤٧ – ٥٥) .

(١) نقض مدنى ٧ يناير ١٩٦٣ المشار اليه آنفاً .

وردفيها أن قانون الاصلاح الزراعى أحدث تأثيراً كبيراً فى أثمان الأراضى ، فانخفضت أثمانها وايجاراتها وترتب على ذلك أن عجز كثيرون من المشترين قبل صدور هذا القانون عن الوفاء بالتزاماتهم أمام الحكومة[1] » .

وليس مؤدى تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود البيع المقسط فيها الثمن اجراء تخفيض الثمن كله وجواز اعفاء المشترى فى بعض الأحوال من الأقساط الباقية كلها اكتفاء بما وفاه منه ، وانما يجب أن يقتصر تطبيقها على القسط أو الأقساط التى يثبت للمحكمة أن الزام المشترى بأدائها قد أصبح بسبب هذا الظرف الطارىء مرهقا له ارهاقا يهدده بخسارة فادحة . فالأقساط التى وفيت لاتكون محل بحث . أما باقى الأقساط المستقبلة ، فان القاضى لايعمل فى شأنها حكم المادة ٢/١٤٧ مدنى اذا تبين أن هناك احتمالا لزوال أثر الظرف الطارىء عند استحقاقها ، ويكون شأن الأقساط فى هذه الحالة شأن الاداءات فى عقود المدة من حيث التأثر بالظروف الطارئة ، كما أنه لايجوز اعمال هذا الحكم على الأقساط التى تكون قد حلت قبل وقوع الحادث الطارىء وتأخر وفاؤها الى مابعده بسبب تقصير المشترى[2] .

ويلاحظ أن المشرع نفسه قد تدخل بالقانون رقم ١٩٥٣/٤٥٢ لتخفيض التزامات المشترى الذى ثبت تاريخ عقده قبل ٢٣ يوليه ١٩٥٢ اذا كان ما اشتراه من أطيان زراعية قد رفع مجموع ملكيته الى أكثر من المائتى فدان التى سمح بها قانون الاصلاح الزراعى عند صدوره ، فخضع بسبب ذلك للاستيلاء عن القدر الزائد عن هذا الحد وكان فى الوقت ذاته لم يؤد كامل الثمن الذى اشترى به هذه الصفقة الأخيرة ، فنص فى المادة الأولى من هذا القانون على أنه « اذا

(١) نقض مدنى ٢ يوليه ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥–٨٩٥–١٣٩ ، وأيضاً ٢٦ مارس ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥–٤٠٩–٦٧ ، ٣ يناير ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤–٣٧–٣ ، ٢١ مارس ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤–٣٤٧–٥٥ .

(٢) نقض مدنى ٢٦ مارس ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥–٤٠٩–٦٧ .

كان سند المستولى لديه عقد بيع ثابت التاريخ قبل ٢٣ يوليه ١٩٥٢ وكان الأجل المعين للوفاء بالثمن كله أو بعضه يحل أصلا بعد هذا التاريخ ، تحمل كل من البائع والمشترى نصف الفرق بين ثمن المستولى عليه من الأرض المبيعة والتعويض المستحق له على ألا يتجاوز ما يتحمله البائع الباقى من الثمن ، وذلك كله دون اخلال بحقوق الطرفين طبقا لأحكام القانون المدنى بالنسبة لباقى الصفقة[1] » .

ويعتبر هذا تطبيقا تشريعياً لنظرية الظروف الطارئة على عقود البيع التى تمت قبل قيام الثورة والتى وقع المشترون بها تحت حكم الاستيلاء الذى نص عليه قانون الاصلاح الزراعى ، وبهذا التطبيق قضى المشرع بأن رفع الارهاق عن المشترى يكون بقسمة الخسارة التى ترتبت على صدور قانون الاصلاح الزراعى وانخفاض ايجار الأطيان بسببه مناصفة بين المشترى والبائع ، على ألا يجاوز ما يتحمله البائع الباقى له فى ذمة المشترى ، أى أن هذا القانون سلب القاضى سلطته التقديرية فى تحديد مدى تخفيض التزامات المشترى ووضع له تحديدا قانونيا يتعين عليه اتباعه .

ويسرى هذا التحديد القانونى متى توافرت شروطه ولو رفعت الدعوى من البائع أو المشترى قبل صدور القانون رقم ١٩٥٣/٤٥٢ طالما أنه لم يصدر فيها حكم نهائى قبل وجوب العمل به[2] .

---

(١) وقد صدر أيضاً قرار من مجلس الوزراء فى ١١ أغسطس ١٩٥٣ بمنح مشترى أراضى الحكومة بعض التسهيلات والتخفيضات نظراً لما لاحظته الحكومة من أن قانون الاصلاح الزراعى أحدث تأثيراً كبيراً فى أثمان الأراضى حتى انخفضت أثمانها وايجاراتها وترتب على ذلك عجز كثيرين من المشترين قبل صدور هذا القانون عن الوفاء بالتزاماتهم ازاء الحكومة.
وقضت محكمة النقض بأن صدور قرار مجلس الوزراء المشار اليه لا يمنع من افادة المشترى من تطبيق حكم المادة ٢/١٤٧ مدنى على حالته اذا ماثبت أن هذا التيسير لم يجد فى رد التزامه المرهق الى الحد المعقول (نقض مدنى ٢٦ مارس ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ — ٤٠٩ — ٦٧) .

(٢) نقض مدنى ٣٠ أبريل ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ — ٩٣ ص ٩٤ .

ومتى توافرت شروط تطبيق هذا القانون الأخير ، لم يجز العدول عنه الى تطبيق حكم المادة ٢/١٤٧ . وفيما عدا ذلك من أحوال تتوافر فيها شروط هذا الحكم الأخير دون شروط تطبيق القانون المذكور يسترد القاضى سلطته التقديرية فى رفع الارهاق عن المشترى .

٢٤٤ — *جزاء الاخلال بالتزام المشترى بدفع الثمن* — اذا لم يوف المشترى بالثمن عند استحقاقه وبملحقاته[1] دون أن يكون له حق حبسه كما تقدم[2] ، جاز للبائع وفقا للمادة ١٥٧ فقرة أولى مدنى أن يطلب الحكم له اما بفسخ البيع مع التعويض ، واما بالزام المشترى بدفع الثمن .

واذا طلب البائع أحد الأمرين ، كان له أن يعدل عنه الى الآخر ، اذ ليس فى رفع الدعوى بأى من هذين الطلبين نزولا عن الطلب الآخر[3] ، بل يجوز له ان يطلب أحدهما بصفة أصلية والآخر بصفة احتياطية ، ولكنه لا يجوز له يجمع بينهما بصفة اصلية لتنافيهما .

غير أنه يجوز للقاضى فى حالات استثنائية اذا لم يمنعه نص فى القانون أن ينظر المشترى الى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق البائع من هذا التأجيل ضرر جسيم (المادة ٣٤٦ فقرة ثانية ، وانظر أيضا المادة ١٥٧ فقرة ثانية) . وفى هذه الحالة يجوز للقاضى

---

(١) وقد حكم بفسخ البيع لأن المشترى اقتصر على ايداع أصل الثمن دون فوائده التى تستحق فى مقابل الثمار بلا مطالبة قضائية وبغير أن يكون ثمة اتفاق عليها (نقض مدنى ٦ مارس ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣—٦٤٠—١١٠) .

(٢) نقض مدنى ١٩ يناير ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨—١٤٣—٢٤ وقد جاء فيه أن الشرط الفاسخ المقرر جزاء على عدم وفاء المشترى بالثمن فى الميعاد المتفق عليه لا يتحقق الا اذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق ، فان كان من حق المشترى قانونا أن يحبس الثمن عن البائع ، فلا عمل للشرط الفاسخ ولو كان صريحا .

وأنه يشترط لقيام العرض الحقيقى المشفوع بالايداع مقام الوفاء أن يكون رفض الدائن قبول الوفاء المعروض بغير مبرر .

(٣) نقض مدنى ٢٥ ديسمبر ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤—٢٣٣—٣٨ .

أن يضع المبيع تحت الحراسة حتى لايتصرف فيه المشترى أثناء المهلة الممنوحة له .

وفوق ذلك يجوز للبائع الذى لم يقبض الثمن أن يمتنع عن تسليم المبيع الى المشترى اذا لم يكن قد سلمه اياه ، فيستعمل حقه فى حبس المبيع الى أن يستوفى ما استحق له من الثمن سواء كان المستحق كل الثمن أو بعضه (راجع ماتقدم فى نبذة ١٩٣) . فاذا لم يستعمل البائع حقه فى حبس المبيع ، ولم يطلب فسخ البيع ، بل آثر أن ينفذ بالثمن على أموال المشترى ، كان له بنص القانون حق امتياز على المال المبيع منه يخوله أن يتقدم غيره من الدائنين فى استيفاء الثمن المستحق له من حاصل نزع ملكية المبيع المذكور ، هو امتياز البائع المنصوص عليه فى المادتين ١١٤٥ و ١١٤٧ مدنى[1] .

وسنعرض فيما بعد أحكام دعوى الفسخ وما يترتب عليها ، غير أنه من المهم أن ننبه هنا الى مانصت عليه المادة ٤٦١ مدنى من أنه « فى بيع العروض وغيرها من المنقولات اذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا دون حاجة الى اعذار ان لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد اذا اختار البائع ذلك . وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره » (انظر نبذة ٢٥٩) .

---

(١) واذا تم الاتفاق بين المشترى والبائع بشأن تجديد التزامه بالوفاء بالباقى من الثمن واستبدال التزام جديد به يكون مصدره عقد قرض — معلقا على شرط واقف هو قيام المشترى برهن قدر من أطيانه رهنا تأمينياً فى المرتبة الأولى لصالح هذا البائع ضمانا لوفائه بدين القرض ، وكان هذا الشرط قد تخلف بقيام هذا المشترى برهن هذه الأطيان فاتها الى أحد البنوك مما أصبح معه مؤكدا أن الأمر الذى علق الالتزام الجديد على وقوعه لن يقع ، فانه يترتب على تخلف هذا الشرط الواقف زوال هذا الالتزام وبقاء الالتزام القديم — وهو التزام المشترى بدفع باقى الثمن — على أصله دون أن ينقضى واعتبار التجديد كأن لم يكن » (نقض مدنى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ — ١٠٢٨ — ١٥٣/٢) ويصبح للبائع الحق فى تطبيق جزاءات عدم الوفاء بالثمن ، فيكون له الخيار بين طلب الفسخ مع التعويض وبين التنفيذ بالباقى من الثمن .

المبحث الثانى

التزام المشترى بنفقات عقد البيع وبتسلم المبيع

٢٤٥ — (أولا) محل الالتزام بنفقات العقد — نصت المادة ٤٦٢ مدنى على أن « نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشترى ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك ».

وبناء على ذلك تلزم المشترى نفقات تحرير العقد وأتعاب المحامى الذى يحرره ونفقات وأتعاب استخراج شهادات عقارية عن تصرفات البائع السابقة ورسوم التصديق على توقيعات العاقدين ورسوم التمغة والتسجيل [(١)]، كل هذا مالم يقض الاتفاق أو العرف بغيره . فقد يتفق العاقدان على أن يتحمل البائع كل هذه المصروفات أو نوعاً معيناً منها ، أو يتفقان على أن يتحملاها معاً مناصفة بينهما. وقد يقضى العرف بما يخالف نص القانون فيما يتعلق ببعض أنواع المصروفات . ومن هذا القبيل العرف الجارى فى بيع العقارات بأن السمسرة يتحملها البائع والمشترى مناصفة، وفى كثير من المبيعات الأخرى بأن البائع هو الذى يتحملها وحده بل غالباً ما يدفعها دون علم المشترى بذلك .

وقد اختلف فى التزام المشترى أو عدم التزامه بنفقات تطهير العقار المبيع من الرهون المقيدة عليه ونفقات فك الرهون ومحو القيود. والراجح فى هذا الشأن أن هذه النفقات تكون ـ عند عدم الاتفاق بشأنها ـ على عاتق البائع باعتباره ضامناً للمشترى حيازة هادئة سليمة ، ولأن الحيازة لا تكون كذلك الا بتطهير العقار المبيع ومحو الرهون المقيدة عليه .

٢٤٦ — جزاء الالتزام بنفقات العقد — اذا أدى البائع النفقات الواجبة على المشترى كلها أو بعضها وجب على المشترى أن يردها اليه، والاجاز

(١) انظر نقض مدنى ٢٨ مايو ١٩٤٢ فهرس الخمسة وعشرين سنة لأحكام النقض ص ٣٦٤ نبذة ١٢٠ .

للبائع أن يطلب الحكم عليه بها ، بل انه لايوجد قانوناً ما يمنع البائع من حبس المبيع حتى يرد له المشترى المصروفات[1] ، ولا من طلب فسخ البيع لاخلال المشترى بالتزامه بدفع نفقات العقد ، ولكن القاضى لايجيبه الى هذا الطلب الا اذا رأى فى هذا الاخلال ما يبرر الفسخ .

على أن الواقع عملا أن المشترى هو الذى ينفق بنفسه هذه النفقات لأنه صاحب المصلحة الأولى فى ثبوت العقد واتمام الاجراءات اللازمة لنفاذ أثره ، فلا يكون ثمة محل لأن يطالبه بها البائع .

٢٤٧ — *(ثانيا) محل التزام المشترى بتسليم المبيع وزمانه ومكانه* — تقدم أن على البائع أن يسلم المبيع ، أى أن يضعه تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن هذا من قبضه وأن يعلمه بذلك ، وأن على المشترى أن يتسلم المبيع فيضع يده عليه ان كان عقاراً أو يأخذه الى حيث يريد أن يحفظه ان كان منقولا .

وقد نصت المادة ٤٦٣ مدنى على أنه « اذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع وجب على المشترى أن يتسلمه فى المكان الذى يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن ينقله دون ابطاء الا ما يقتضيه النقل من زمن » .

والأصل أن زمان التسلم ومكانه يحددهما اتفاق العاقدين ، وهما يكونان عادة زمان التسليم ومكانه . فاذا لم يوجد اتفاق أو عرف يحدد ذلك ، وجب أن يتم التسلم دون ابطاء بمجرد التسليم من البائع الا ما يقتضيه التسلم من زمن ، ووجب أن يكون فى مكان التسليم .

وقد تقدم أنه اذا لم يوجد اتفاق أو عرف يحدد زمان التسليم ومكانه ، فان التسليم يكون واجبا فور العقد وفى المكان الذى يوجد فيه المبيع وقت

---

(١) السنهورى فى الوسيط ج ٤ نبذة ٤٢٠ .

العقد . وهذا هو الفرض الذى واجهته المادة ٤٦٣ اذ أوجبت على المشترى أن يتسلم المال المبيع فى المكان الذى يوجد فيه ذلك المال وقت البيع .

وتكون نفقات تسلم المبيع على المشترى ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك (المادة ٤٦٤) ، وليس هذا الا تطبيقا للقاعدة العامة التى تجعل نفقات الوفاء على المدين (المادة ٣٤٨ مدنى) باعتبار أن المشترى مدين بالالتزام بتسلم المبيع بعد أن يقوم البائع بالوفاء بالتزامه بتسليم المبيع ، أى بوضعه تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن هذا من قبضه دون عائق .

٢٤٨ — *جزاء التزام المشترى بتسلم المبيع* — اذا لم يقم المشترى بتسلم المبيع فى الوقت والمكان اللذين يجب أن يتسلمه فيهما اعتبر مخلا بالتزامه وجاز للبائع ، بعد أن يعذره ، أن يطالبه بتعويض عن الضرر الناشىء من تأخره فى تسلم المبيع ، بل جاز له أن يطلب فسخ العقد . ويخضع هذا الطلب لسلطة القاضى التقديرية ما لم يكن متفقا بين الطرفين صراحة على أن تأخر المشترى فى تسلم المبيع فى ميعاده يستتبع فسخ العقد بقوة القانون .

واذا كان البائع فى حاجة الى المكان الذى وضع فيه المبيع تحت تصرف المشترى ، جاز له أن يطلب الترخيص له فى ايداع المبيع على ذمة المشترى فى أى مكان آخر .

واذا كان المبيع عقاراً ، جاز للبائع أن يتخلص من مسئولية المحافظة عليه وادارته بأن يطلب تعيين حارس للمبيع على نفقة المشترى .

واذا كان المبيع من العروض أو المنقولات التى يسرع اليها التلف وأعذر المشترى لتسلم المبيع ، ودفع الثمن فلم يدفع ولم يتسلم ، جاز للبائع أن يتمسك بانفساخ البيع من تلقاء نفسه (راجع ما تقدم فى نبذة ٢٤٤) .

الباب الثالث

انحلال عقد البيع

٢٤٩ – تمهيد – متى أبرم عقد البيع وتوافرت فيه جميع شروط الإنعقاد والصحة ترتبت عليه الالتزامات التى تقدم ذكرها . فاذا وفى كل من العاقدين التزاماته وفاء صحيحاً استنفد العقد أغراضه ولم يعد ثمت محل لانحلاله ، بل بالعكس من ذلك فان تنفيذ الالتزامات الناشئة من عقد ما، ان كان من شأنه أن يقضى تلك الالتزامات، فمن شأنه أيضاً أن يؤكد وجود العقد وبقاءه مصدراً لتلك الالتزامات وسنداً دائماً للآثار التى ترتبت على تنفيذها .

وانما تنحل الرابطة العقدية بوجه عام من طريق ابطال العقد أو من طريق فسخه . ويكون الابطال لنقص فى أهلية العاقدين أو لعيب فى رضاه . ويكون الفسخ لتحقق شرط فاسخ أو باتفاق الطرفين أو بحكم القاضي فى حالة اخلال أحد العاقدين بالتزاماته و بقوة القانون فى حالة هلاك المبيع وفى حالة زوال سند ملكية البائع بأثر رجعى. ويكون للابطال أو الفسخ أثر رجعى ، فتزول كل النتائج التى ترتبت على العقد من وقت ابرامه .

٢٥٠ – (اولا) بطلان العقد – اذا تخلف أحد أركان البيع وهى الرضا والمبيع والثمن ، أو فقد أحدها شرطا جوهريا فيه كأن يكون المبيع غير معين أو خارجاً عن التعامل أو يكون الثمن صوريا أو غير معين ، وقع العقد باطلا بطلانا مطلقا .

واذا كان البائع أو المشترى ، ناقص الأهلية أو شاب رضاءه غلط أو

تدليس أو اكراه ، وقع البيع قابلا للابطال بناء على طلب العاقد ناقص الاهلية أو من كان رضاؤه معيبا . فاذا طلب هذا العاقد ابطال البيع حكم له به وأصبح لا فرق بين البيع الذى نشأ قابلا للابطال ثم حكم بابطاله وبين البيع الذى نشأ من أصله باطلا ، وترتب على البطلان فى كلتا الحالين وجوب اعادة كل من العاقدين الى الحالة التى كان عليها قبل البيع كما سيأتى .

٢٥١ — (ثانيا) *تخلف الشرط الواقف وتحقق الشرط الفاسخ* — اذا كان البيع معقوداً تحت شرط واقف ولم يتحقق الشرط ، امتنع أن يكون للعقد أى أثر ولم يختلف حكمه عن العقد الذى يقع باطلا من أصله (انظر المادة ٢٦٨ مدنى) .

واذا كان البيع معقوداً تحت شرط فاسخ ثم تحقق هذا الشرط ، ترتب على تحققه زوال آثار العقد التى نشأت من وقت انعقاده (المادة ٢٦٩ مدنى) ، أو بعبارة أخرى وجب اعادة العاقدين الى ما كانا عليه قبل البيع .

٢٥٢ — (ثالثا) *اتفاق العاقدين على الغاء العقد* — يجوز للعاقدين أن يتفقا على الرجوع فى العقد أو على الغائه . ولكن لا يجوز لأحدهما أن يستقل بذلك دون رضا الآخر .

فاذا كان العقد بيعاً جاز للعاقدين الرجوع فيه ، فيقيل كل منهما الآخر من التزاماته ، وتزول كل الآثار التى أنتجها البيع ويلزم كل من الطرفين باعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل العقد .

ويجوز أن يكون رضا كل من الطرفين صريحا أو ضمنياً . فاذا رد المشترى المبيع الى البائع أمكن اعتبار ذلك ايجاباً ضمنياً منه للتقايل من البيع . فاذا تصرف البائع فى هذا البيع الى آخر كان ذلك قبولا ضمنياً منه للتقايل .

ويشترط فى صحة هذا الاتفاق أن تتوافر فى العاقدين الأهلية اللازمة لابرام العقد الذى يراد الاتفاق على الرجوع فيه أو على الغائه . فالتقايل من البيع يقتضى توافر أهلية التصرف فى كل من العاقدين .

ويكون اثبات هذا الاتفاق وفقاً للقواعد العامة .

ويترتب على هذا الاتفاق محو آثار البيع محواً تاماً واعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل البيع ، فتعود الملكية الى البائع ويسترد المشترى الثمن ان كان قد دفعه ، والا فان التزامه به يسقط عنه .

٢٥٣ — (رابعا) ابطال سند ملكية البائع أو فسخه — اذا أبطل سند ملكية البائع أو فسخ لأى سبب من أسباب الابطال أو الفسخ كنقص أهلية أحد العاقدين أو عيب فى رضاه أو تحقق شرط فاسخ أو عدم وفاء أحد العاقدين بالتزامه ، اعتبر البائع كأن لم يكن مالكاً المبيع فى أى وقت من الأوقات ، وترتب على ذلك اعتبار البيع الصادر منه كأنه صادر من غير مالك ، وكان بالتالى قابلا الابطال بناء على طلب المشترى وغير نافذ فى حق المالك الذى عادت اليه الملكية . فاذا استعمل المشترى حقه فى ابطال البيع وحكم له بذلك ، كان هذا الابطال نتيجة لزوال سند ملكية البائع بأثر رجعى .

٢٥٤ — (خامسا) الفسخ لعدم وفاء أحد المتعاقدين بالتزامه — اذا لم يف أحد العاقدين بالتزامه سواء أكان ذلك العاقد بائعاً أو مشترياً ، فاما أن يكون عدم الوفاء راجعاً الى سبب أجنبى عن المدين كهلاك المبيع بقوة قاهرة ، واما أن يكون غير راجع الى سبب أجنبى .

فان كانت الثانية كان المدين مسئولا عن عدم الوفاء بالتزامه وجاز للدائن أن ينفذ الالتزام جبراً عن المدين ان أمكن ، والا كان له الخيار بين طلب التنفيذ بمقابل وبين فسخ البيع .

وان كانت الأولى انقضى الالتزام الذى أصبح الوفاء به مستحيلا ، وتعين البحث فيما اذا كان للدائن فى هذا الالتزام أن يفسخ العقد ليتحلل من الالتزامات التى فرضها عليه هذا العقد أو ليس له ذلك . ويؤدى هذا البحث بالتالى الى تعيين من تقع عليه تبعة الهلاك la charge des risques فان أجيز الفسخ وقعت تبعة الهلاك على المدين فى الالتزام الذى صار تنفيذه مستحيلا res perit debitori والا كانت التبعة على الدائن res perit creditori.

§ ١ — فسخ البيع لعدم الوفاء غير الراجع الى سبب جنبى

٢٥٥ — شروط استعمال حق الفسخ — يشترط فى طلب الفسخ أربعة شروط:

(١) أن يثبت طالب الفسخ أن العاقد الآخر لم يوف التزاماته كلها أو بعضها . فاذا طلب البائع الفسخ وجب عليه أن يثبت أن المشترى لم يدفع الثمن فى الأجل المتفق عليه[١] او ملحقات الثمن[٢] من فوائد ومن مصروفات عجلها البائع لحساب المشترى ، أو أنه متأخر فى تسلم المبيع . واذا طلبه المشترى كان عليه أن يثبت أن البائع لم ينقل اليه ملكية المبيع أو لم يسلمه اليه على الوجه المبين فى العقد أو فى القانون أو أنه أخل بالتزام الضمان .

---

(١) ولا يعتبر المشترى مخلا بالتزام دفع الثمن اذا عرض باقى الثمن على البائع بعد رفع الدعوى عليه أمام محكمة الدرجة الأولى (نقض مدنى ٢٨ مارس ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤–٣٩٨–٦٢ وقد جاء فيه أنه « اذا كان الثابت من بيانات الحكم أن عرض المطعون عليها باقى الثمن على الطاعنين حصل بعد رفع الدعوى أمام محكمة الدرجة الأولى وظلا متمسكين بهذا العرض فى مواجهتهم رغم رفضهم قبوله ، فان ذلك يعد بمثابة عرض أبدى أمام المحكمة حال المرافعة ولا يلزم لصحته اتخاذ اجراءات أخرى كاعلان هذا العرض عملا بالمادة ٧٩٢ مرافعات » .

(٢) نقض مدنى ٦ مارس ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣–٦٤٠–١١٠ ، وفى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ٤ ص ٨١٦ .

ولا يكفى مجرد اثبات عدم وفاء المدين بالتزامه بل لا بد من اعذاره للوفاء به ما لم يكن محل التزامه سلبياً كالتزام الضمان فيما يتعلق بفعل البائع نفسه فلا يحتاج الى اعذار . وقد نصت المادة ١٥٧ فقرة أولى مدنى على أنه « فى العقود الملزمة للجانبين ، اذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض فى الحالتين ان كان له مقتض » .

(٢) أن يثبت طالب الفسخ أنه قد وفى التزاماته الناشئة من البيع أو أنه مستعد لوفائها[١]، اذ بدون ذلك يكون الطرف الآخر محقاً فى الامتناع عن تنفيذ التزاماته أو على الأقل غير مقصر[٢] . فالبائع المتأخر فى تسليم المبيع لا يجوز له طلب فسخ البيع لعدم دفع المشترى الثمن ، والمشترى المتأخر فى دفع الثمن لا يجوز له طلب الفسخ لتأخر البائع فى التسليم وانما يجب عليه

---

(١) السنهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٨٢٠ ، نقض مدنى ٢١ مارس ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية ٥ـ٢٣٢ ـ ٥٢ وقد جاء فيه أنه اذا كان الواقع الذى أثبتته محكمة الموضوع أن البائع تخلف بغير عذر عن توقيع عقد البيع النهائى ، فان قضاءها برفض دعواه التى طلب فيها فسخ البيع لتأخر المشترى عن الوفاء بالثمن لا تكون فيه مخالفة للقانون . وأيضاً نقض مدنى ١٣ مارس ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ـ٦٤٠ ـ ١١٠ وقد جاء فيه أنه اذا طلب البائع الفسخ ، وفى أثناء نظر الدعوى باع جزءاً من المبيع لأنه يئس من دفع المشترى للثمن لم يجز للمشترى أن يحتج عليه بأنه خالف عقد البيع ، لأن البائع لم يلجأ الى هذا العمل الا بعد يأسه من قيام المشترى بدفع الثمن .

(٢) نقض مدنى ٢ دسيمبر ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ـ٢٣٣ ـ ٣٨ وقد جاء فيه أنه اذا كان قد اعتمد فى دفاعه على أن عدم قيامه بتسليم المبيع يرجع الى أن المطعون عليه لم يبد استعداده لدفع الثمن قبل التسليم وبذلك يكون المطعون عليه هو المقصر وتقع عليه تبعة التقصير وكانت المحكمة اذ أطرحت هذا الدفاع قد قررت أن محل التمسك به هو أن يكون الطاعن قد أظهر استعداده لتسليم المبيع ، أما وهو لم يفعل ذلك فلا يحق له أن يطالب المطعون عليه بدفع الثمن قبل التسليم ، هذا فضلا عن أن المطعون عليه قد قرر بانذاره الذى أعلنه للطاعن أنه على استعداد لدفع كامل الثمن عند تسلمه المبيع بالسعر المتفق عليه كما اشترط فى الاتفاق ، ومع ذلك لم يقم الطاعن بتنفيذ التزامه ، فان هذا الذى قررته المحكمة هو استخلاص سليم ولا مخالفة فيه للقانون كما لا يشوبه قصور ...

أولا أن يبدى استعداده لدفع الثمن وأن يعذر البائع للتسليم، فان امتنع بعد ذلك جاز طلب الفسخ .

(٣) أن يكون فى وسع طالب الفسخ أن يرد ما قد يكون الطرف الآخر وفاه من التزاماته ، لأن الفسخ يترتب عليه وفقاً لنص المادة ١٦٠ مدنى اعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فلا يجوز طلبه الا اذا كان فى وسع الطالب اعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل العقد ، فاذا سلم البائع بعض المبيع الى المشترى وتصرف فيه هذا الى الغير أو حوله الى شيء من نوع آخر كأن فصل القماش ثياباً أو الخشب أثاثاً ، ثم امتنع البائع عن تسليم باقى المبيع ، لم يجز للمشترى طلب الفسخ لتعذر رد ما تسلمه الى البائع بحالته الأصلية . ويقتصر حق المشترى فى هذه الحالة على طلب التنفيذ العينى ان كان ذلك ممكناً بطريق الجبر ، والا فالتنفيذ بمقابل .

ولا يعتبر تغيراً لحالة المبيع يحول دون الفسخ تخصيص المنقول لخدمة عقار بحيث يصبح عقارا بالتخصيص اذا ظل المنقول محتفظا بذاتيته المادية كالحاق الماشية أو الآلات بالأرض الزراعية[١] .

(٤) ألا يكون طالب الفسخ قد نزل عن حقه فى طلب الفسخ نزولا واضحا لا لبس فيه . فان اشترط فى العقد ألا يكون للبائع حق الفسخ اذا تأخر المشترى فى سداد القسط الأول امتنع على البائع طلب الفسخ بسبب تأخر هذا القسط . ولكن مثل هذا الشرط يجب أن يفسر تفسيرا ضيقا شأن كل تنازل عن حق[٢]، فلا يمنع البائع من طلب الفسخ لتأخر المشترى فى الأقساط التالية[٣] .

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ٤ ص٨١٧ هامش ٣ .

(٢) السنهورى فى الوسيط جـ٤ ص٨٢٠ هامش ٢ .

(٣) نقض مدنى ٢ مايو ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية ١ — ٧٥ — ٢٥٩ .

٢٥٦ — *كيف يكون الفسخ ؟* — لابد فى الفسخ من طلبه بعد اعذار المدين ومن القضاء به . فهو أولا لا يكون الابناء على طلب الدائن فى الالتزام الذى لم يتم تنفيذه اذا توافرت فيه الشروط المتقدمة ، أى ان الفسخ اختيارى لهذا الدائن ، اذا شاء لجأ اليه ، والا فله طلب التنفيذ العينى أو التنفيذ بمقابل[1]، فلا يجوز أن تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب المدين فى الالتزام الذى لم يتم تنفيذه . وقد تقدم أنه يجب فى طلب الفسخ أن يكون المدين معذرا للوفاء ، ويجوز أن يحصل اعذار المدين فى عريضة دعوى الفسخ ذاتها ، فيعين له أجل يقوم فيه بالوفاء ثم يكلف اذا لم يوف فى هذا الأجل الحضور أمام المحكمة فى جلسة محددة لسماع الحكم بالفسخ[2].

وهو ثانيا لا يقع الا بقضاء القاضى . ويملك القاضى فى الحكم به سلطة مطلقة[3] ، فيجوز له أن يقضى به ، أو أن يمنح المدين حسن النية أجلا

---

(١) ويجوز له بعد طلب الفسخ أن يعدل عنه أمام محكمة أول درجة الى طلب التنفيذ [استئناف مختلط ١٨ مايو ١٩٣٧ (٤٦ ص ٢٢٦)] ، والعكس جائز أيضا [استئناف مختلط ١٣ ديسمبر ١٩٤٤ (٥٧ ص ٢٦)] ، ولكن لايجوز له هذا العدول لأول مرة فى الاستئناف لأنه يعتبر طلبا جديداً [استئناف مختلط ٣ يناير ١٩٠٦ (١٨ ص ٨٥)] ، ولا يجوز له العدول بعد أن يقره خصمه على ماطلب [استئناف مختلط ١٣ نوفبر ١٩١٣ (٢٦ ص ٢٣)] .

(٢) وحكم بأن مجرد الاعلان بدعوى الفسخ يعتبر اعذارا للمدعى عليه فى خصوص جواز الحكم بالفسخ [استئناف مختلط ١٩ يناير ١٩٣٢ (٤٤ ص ١٢٢)] ، وان كان لايكفى لالزام المدعى عليه بمصروفات الدعوى فى حالة اذعانه لما طلب منه فيها (السنهورى فى الوسيط ج٤ نبذة ٤٠٩) .

(٣) نقض مدنى ٨ ديسمبر ١٩٣٣ مجموعة القواعد القانونية ١-٢-١٥١-٨١ ، ٣١ مايو ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية ٤-٢١٢-٧-٢٩٢ .

اذا اقتضت ظروفه ذلك[1] (المادة ٢/١٥٧ مدنى والمادة ٢/٣٤٦ مدنى) ، كما يجوز له أن يرفضه اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام فى جملته[2] (المادة ١٥٧ مدنى) .

ويجب أن يسبب القاضى حكمه بالفسخ أو بعدمه تسبيباً سائغاً ، ولكنه غير ملزم بتسبيب قضائه بمنح المشترى نظرة الميسرة أو برفضه ذلك لأن القانون قد رخص له فى هذا الأمر الأخير ترخيصا مطلقا ، فلا يحتاج الى تبرير قضائه فى شأنه[3] .

واذا طلب أحد العاقدين الفسخ ورأى القاضى أن يمنح العاقد الآخر أجلا للوفاء بالتزاماته وفقا للمادة ٢/١٥٧ مدنى ، فلم يقم الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته فى الأجل الذى منح اياه انفسخ البيع من تلقاء نفسه بمجرد انقضاء الأجل المذكور ولم يعد للقاضى أن يتفادى ذلك بمنحه أجلا آخر لأن المادة ١/١٥٧ رخصت للقاضى فى أن يمنح المدين قبل الحكم بفسخ العقد أجلا واحدا فقط. وهذا بخلاف ما اذا طلب العاقد الزام العاقد الآخر بالتنفيذ العينى ، ورأى القاضى منحه أجلا للوفاء عملا بالمادة ٢/٣٤٦ مدنى حيث يجوز للقاضى بعد انقضاء الأجل الأول دون تنفيذ أن يمنح العاقد

---

(١) أنظر فى مدى سلطة القاضى فى الحكم بالفسخ أو عدمه ، عبد الحى حجازى ، فى مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية س ١ ص ١٦٧ وما بعدها .

والظاهر من أحكام المحاكم أنها تتشدد فى منح نظرة الميسرة هذه . وقد عبرت عن هذا الاتجاه محكمة الاستئناف المختلطة حيث قررت أنه يشترط فى منح نظرة الميسرة أن يكون المدين سيء الحظ **malheureux** وحسن النية **de bonne foi** وأن يكون فى ظروف استثنائية جداً **dans des cas tout à fait exceptionnels** [استئناف مختلط ٢٢ يناير ١٩٣١ (٤٣ ص ١٦٩)] .

(٢) راجع كتابنا فى شرح القانون المدنى ج٢ فى الالتزامات نبذة ٣١٢ .

(٣) نقض مدنى ٢٥ مايو ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦-١٢٤-١٠٤٥ ، وأيضا ٢٣ مارس ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١-٣٧٣-٩٤ .

الآخر آجالا أخرى ، لأن هذه المادة الأخيرة نصت صراحة على جواز منح المدين أجلا أو آجالا (١) .

٢٥٧ — انفساخ العقد من تلقاء نفسه — قد ينفسخ العقد من تلقاء نفسه ، أى دون حاجة الى قضاء القاضى بالفسخ ، ويكون ذلك اما بناء على اتفاق خاص بين العاقدين ، واما بناء على نص فى القانون . وقد ورد النص على ذلك فى شأن حالة معينة من حالات البيع .

٢٥٨ — (أ) انفساخ البيع بناء على اتفاق سابق — نصت المادة ١٥٨ مدنى على أنه يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه . وهذا الاتفاق لا يعفى من الاعذار ، الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه » .

وبناء على ذلك ينفسخ البيع دون قضاء القاضى ودون حاجة الى اعذار اذا كان منصوصا فيه على أنه ينفسخ بمجرد تأخر البائع عن التسليم أو تأخر المشترى عن دفع الثمن فى الأجل المعين ، كأن ينص فيه على أنه « ينفسخ تلقاء نفسه دون حاجة الى اعذار ولا الى حكم قضائى » .

ولا يكفى أن ينص على أن العقد ينفسخ من تلقاء نفسه ، لأن ذلك لا يغنى عن حكم القاضى وغاية الأمر أنه يسلب القاضى سلطة التقدير فيما يتعلق باجابة طلب الفسخ أو رفضه وسلطته فى منح المدين أجلا ويجعل حكمه بالفسخ متعينا .

(١) السنهورى فى الوسيط جـ٤ نبذة ٤٠٩ ص ٨٢٤ و٨٢٥ ، وفى الوسيط جـ١ ط٢ نبذة ٤٧٥ ص ٨٠٠ و٨٠١ .

ويكون الأمر كذلك أيضاً اذا نص فى عقد البيع على أنه ينفسخ من تلقاء نفسه دون اعذار ، مع فرق واحد بين الحالتين هو وجوب الاعذار فى الأولى وعدم لزومه فى الثانية .

ويخلص من ذلك أن اتفاق العاقدين على انفساخ البيع من تلقاء نفسه يتفاوت قوة وضعفا ويكون له عدة صور :

(١) أضعفها أن يكتفى بالنص على أنه بمجرد التأخر فى تنفيذ التزام معين ينفسخ العقد من تلقاء نفسه . وهذا النص يترتب عليه جعل الفسخ متعيناً على المحكمة اذا طلبه الدائن ، فلا تكون للمحكمة سلطة التقدير أو منح المدين أجلا ، ولكن لا يقع الفسخ الا بعد الاعذار وبقضاء القاضى دون أن يتم الوفاء بغير ما حاجة الى رفع دعوى الفسخ .

(٢) والثانية أن ينص فى العقد على انفساخه من تلقاء نفسه دون حاجة الى اعذار ، وهذه الحالة مثل السابقة مع فارق واحد هو أن الدائن يجوز له طلب الحكم بالفسخ دون حاجة به الى أن يعذر المدين . ولكن الفسخ لا يقع فيها الا بقضاء القاضى[1] . ويجوز للمدين أن يتوقاه بتنفيذ التزامه قبل صدور حكم الفسخ .

(٣) وأقواها أن ينص فى العقد على انفساخه من تلقاء نفسه بمجرد تأخر المدين فى الوفاء بالتزام معين دون حاجة الى اعذار أو الى حكم قضائى . وفى هذه الحالة يعتبر العقد منفسخا بمجرد انقضاء الأجل المعين لوفاء الالتزام دون أن يتم الوفاء بغير ما حاجة الى رفع دعوى الفسخ وقد يخفف هذا الاتفاق بأن ينص على انفساخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجه الى حكم قضائى ، فلا يعفى الدائن من اعذار المدين .

ومن المهم فى جميع هذه الصور أن يكون هناك اتفاق على استبعاد سلطة القاضى فى انشاء الفسخ وأن تكون الواقعه التى يتفق الطرفان على أن يترتب

(١) السنهورى فى الوسيط ج٤ نبذة ٤١٣ ص ٨٣٢ .

على حدوثها تخويل أحد الطرفين ايقاع الفسخ هى عدم تنفيذ التزام الطرف الآخر[٢] ،

وقد أبرزت محكمة النقض الفرق بين شرط الفسخ الصريح وشرط الفسخ الضمنى حيث قالت انهما يختلفان طبيعة وحكما . فالشرط الفاسخ الضمنى لا يستوجب الفسخ حتما اذ هو خاضع لتقدير القاضى، وللقاضى أن يمهل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه ، بل المدين نفسه له أن يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملا قبل أن يصدر ضده حكم نهائى بالفسخ . أما الشرط الفاسخ الصريح فهو فيما تقضى به المادة ٣٣٤ مدنى (قديم) موجب للفسخ حتما ، فلا يملك معه القاضى امهال المشترى المتخلف عن أداء الثمن ، ولا يستطيع المشترى أن يتفادى الفسخ بأداء الثمن أو عوضه بعد اقامة دعوى الفسخ عليه متى كان قد سبقها التنبيه الرسمى الى الوفاء ، بل قد يكون الشرط الفاسخ الصريح موجبا للفسخ بلا حاجة الى تنبيه اذا كانت صيغته صريحة فى الدلالة على وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة الى تنبيه ولا انذار[٣] .

وينبنى على ما تقدم أن الحكم الذى يصدره القاضى بالفسخ يكون مقرراً للفسخ فى حالة وجود شرط فاسخ صريح[٣] . أما فى غيرها فيكون حكم القاضى منشئا الفسخ وبالتالى يكون طلب الفسخ عملا قانونياً من جانب واحد يشترط فيمن يباشره توافر الأهلية أو الولاية اللازمة لمباشرة

---

(١) أنظر عبد الحى حجازى ، فى بحثه المشار اليه آنفاً ص ١٠٢ وما بعدها .

(٢) نقض مدنى ٢ مايو ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية ٥ـ١٥٥ـ٦٨ ، أنظر أيضا نقض مدنى ١٤ مايو ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ـ١٠٢٤ـ١٦٠ ، ٢٤ نوفمبر ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ـ١٥١٠ ـ ٢٠٦ .

على أن شرط الفسخ الصريح لا يمنع المدين من المنازعة فى تحقق المخالفة المستوجبة أعماله ، ولا يمنع المحكمة من أن تمحص دفاع المدين لتتحقق مما اذا كانت المخالفة الموجبة للفسخ قد وقعت ، فتقضى بموجبه أم غير ذلك (نقض مدنى ٢٦ مارس ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ ـ ٨٣٧ ـ ١١٠) .

(٣) نقض مدنى ١٤ أبريل ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ـ٩٤٦ـ١٢٤ .

للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر(١) .

٢٥٩ — (ب) انفساخ البيع بناء على نص فى القانون — نصت المادة ٤٦١ مدنى على أنه « فى بيع العروض وغيرها من المنقولات اذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا دون حاجة الى اعذار ان لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد اذا اختار البائع ذلك ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره » .

ويخلص من ذلك أنه اذا كان المبيع منقولا قد عين أجل لتسليمه ودفع ثمنه(٢) ، ولم يدفع المشترى الثمن فى الأجل المتفق عليه(٣) ، جاز للبائع بعد أن يكون قد أبدى استعداده لتسليم المبيع فى المكان المعين لذلك (٤) ، أن يعتبر البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى اعذار المشترى أو الى حكم قضائى(٥) ، وأن يتصرف بناء على ذلك فى المبيع مرة ثانية دون مسئولية عليه ، بل دون اخلال بحقه فى الرجوع على المشترى بالتعويض(٦) . وجاز

---

(١) قرب فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط ج١ ط٢ نبذة ٤٧٤ ص ٧٩٥ .

(٢) وبمفهوم المخالفة من نص المادة ٤٦١ لا يسرى حكمها اذا كان المبيع عقاراً ، ولا اذا كان منقولا لم يعين لتسليمه ودفع ثمنه أجل ، أو عين أجل لدفع الثمن دون التسليم حيث يكون التسليم مستحقا فوراً ، أو عين ميعاد للتسليم وآخر لدفع الثمن . وفى جميع هذه الحالات التى لا ينطبق عليها حكم المادة ٤٦١ مدنى يجوز للفسخ القضائى أو الاتفاق طبقا للقواعد المتقدمة (السنهورى فى الوسيط ج٤ ص ٨١٩) . أما اذا عين أجل للتسليم ولم يذكر أجل لدفع الثمن ، فان هذا لا يمنع من تطبيق الحكم المذكور نظراً لما تنص عليه المادة ٤٥٧ من اعتبار أجل التسليم فى هذه الحالة أجلا لدفع الثمن .

(٣) ولا يجوز مع وجود اتفاق على أجل لدفع الثمن الرجوع الى العرف لتقصى ميعاد دفع الثمن والطريقة التى يدفع بها أو لبيان ما اذا كان يحق للبائع التحلل من الصفقة اذا لم يوف المشترى بالثمن فى الميعاد مادام أن القانون قد خول البائع هذا الحق صراحة (نقض مدنى ١٣ يناير ١٩٤٤ فهرس الخمسة وعشرين سنة لأحكام النقض ص ٨٥٦ نبذة ٢٤٩) .

(٤) أنظر فى ذلك السنهورى فى الوسيط ج٤ ص ٨٣٨ هامش ٣ ، أنور سلطان نبذة ٢٩٩ ص ٣٤٩ ، منصور ص ٢٣٦ .

(٥) الاسكندرية الابتدائية التجارية الأهلية ٢٦ مارس ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ — ١٤٠٧ — ٦١٦ .

(٦) السنهورى فى الوسيط ج٤ ص ٨٣٨ هامش ٣ والأحكام التى أشار اليها .

له اذا كانت له مصلحة فى ابقاء البيع لمن يتمسك به وأن ينفذ بالثمن على المشترى(١) . وحكمة هذا النص التيسير على بائع المنقولات باعفائه من وجوب اعذار المشترى والحصول على حكم بالفسخ لأن الغالب فيه أن يحترف البيع والشراء وأنه يبيع ليشترى فيزداد ربحه بتكرار عمليات البيع والشراء ، فلا ينبغى اخضاعه لضرورة الاعذار أو الزامه باستصدار حكم بالفسخ لأن ذلك يشل حركته .

أما اذا دفع المشترى الثمن فى الأجل المتفق عليه ولم يتسلم المبيع ، فلا يجوز للبائع اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ، وانما يجب عليه أن يسلك فى ذلك سبيل القواعد العامة فيعذر المشترى لتسلم المبيع ثم يرفع عليه دعوى الفسخ ويحصل على حكم بالفسخ .

ويلاحظ أن هذا الحكم يختلف عن حكم القانون المدنى الفرنسى ، حيث تنص المادة ١٦٥٧ من ذلك القانون على أنه فى بيع العروض وغيرها من المنقولات يكون البيع مفسوخا لمصلحة البائع دون حاجة الى اعذار بمجرد انقضاء الأجل المعين لتسلم المشترى المبيع ، أى أنها تجعل انفساخ البيع جزاء تخلف المشترى عن تسلم المبيع لا جزاء تخلفه عن دفع الثمن . وقد ذهب الفقه الى أنه يجوز اعتبار الانفساخ مترتبا أيضا على تأخر المشترى فى دفع الثمن.

ومن قبل صدور التقنين المدنى المصرى الحالى كانت المادة ٣٣٥/٤١٨ مدنى قديم تختلف عن حكم المادة ١٦٥٧ مدنى فرنسى حيث كانت تنص على أنه « فى بيع البضائع أو الأمتعة المنقولة اذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن ولاستلام المبيع يكون البيع مفسوخا حتما اذا لم يدفع الثمن فى الميعاد المحدد بدون احتياج للتنبيه الرسمى » . وبالرغم من وضوح النص المصرى القديم فى مخالفته للنص الفرنسى من حيث انه يجعل الانفساخ جزاء التأخر عن دفع الثمن ، ذهب أكثر

---

(١) فى هذا المعنى المذكرة الايضاحية ، فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص١٥٥ .

الشراح الى أن المشرع المصرى لم يقصد هذه المخالفة وفسروا النص المصرى بمعنى القانون الفرنسى أى بأن الانفساخ جزاء التأخر فى تسلم المبيع وأنه يجوز أيضاً اعتباره مترتباً على تأخر المشترى فى دفع الثمن[1] .

وقد أخذ واضعو مشروع تنقيح القانون المدنى أول الأمر بهذا التفسير، ووضعوا فى المادة ٦١٢ من المشروع نصاً يقضى بانفساخ البيع دون حاجة الى اعذار « اذا لم يتقدم المشترى لتسلم المبيع بعد انقضاء الأجل المتفق عليه ، أو تقدم ولكنه لم يعرض الثمن » . غير أنه لما عرض هذا النص على لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اعترض على الحكم الوارد فيه بأنه يرتب على انقضاء الأجل المحدد لتسلم المبيع وعدم تقدم المشترى لتسلمه فسخ البيع من تلقاء نفسه دون حاجة الى اعذار مع أنه قد يحدث أن تحول دون تسلم المشترى المبيع ظروف لا يد له فيها، ورؤى الاكتفاء بترتب الفسخ على حالة عدم دفع الثمن فى الميعاد المتفق عليه (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٥٦) .

§ ٢ — انفساخ البيع بهلاك المبيع بسبب أجنبى

(أو نظرية الهلاك théorie des risques)

٢٦٠ — وضع المسألة — يقصد بالهلاك risques فى الاصطلاح تلف مال معين تلفاً كلياً أو جزئياً بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائى .

فاذا هلك المال فى يد مالكه دون أن يكون محل التزام لأحد، كان هلاكه على مالكه res perit domino اذ ليس للمالك أن يلقى تبعة هذا الهلاك على أحد . ويعتبر كالهلاك حدوث قوة قاهرة تحول دون الانتفاع بشىء معين أو دون قيام الشخص بنشاط معين كان يعود عليه بالفائدة ، فيفقد الشخص

---

(١) الاسكندرية التجارية الابتدائية الأهلية ١٦ مارس ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ — ١٤٠٧ — ٦١٦ .

هذه الفائدة أو منفعة ذلك الشيء ، ولا يكون له أن يرجع على أحد بتعويض عن ذلك .

واذا كان المال الذى هلك أو الانتفاع أو النشاط الذى صار مستحيلا محل التزام تعهد به الشخص للغير ، فان استحالة الوفاء بالالتزام متى كانت راجعة الى سبب أجنبي يترتب عليها انقضاؤه وفقاً للمادة ٣٧٣ مدنى .

فاذا كان هذا الالتزام ناشئا من عقد ملزم لجانب واحد ، انتهى الأمر بانقضاء هذا الالتزام ، وتحمل الدائن الخسارة الناشئة عن الهلاك ، فيقال ان تبعة الهلاك على الدائن res perit creditori.

أما اذا كان الالتزام ناشئا من عقد ملزم الجانبين، وانقضى بسبب هلاك محله أو استحالة الوفاء به ، تعين البت فى مصير الالتزام المقابل له فى ذمة الطرف الآخر . فان بقى هذا الالتزام قائماً فى ذمة الدائن بالالتزام الأول ، وقعت تبعة الهلاك على هذا الدائن، لأنه سيلزم بتنفيذ التزامه دون أن يحصل على شيء فى مقابله . وان انقضى التزام الدائن وقعت تبعة الهلاك على المدين res perit debitori لأن المدين يكون قد فقد ماله الذى كان محل التزامه دون أن يأخذ ما يقابله .

٢٦١ — *تقرير القاعدة فى العقود الملزمة للجانبين* — فى القانون الفرنسى وردت عدة نصوص تقرر انقضاء الالتزام بسبب الهلاك أو استحالة الوفاء (انظر المواد ١١٤٧ ، ١١٤٨ ، ١٣٠٢ مدنى فرنسى)، ولكن لم يعرض أيها لأثر انقضاء الالتزام الذى صار الوفاء به مستحيلا فى التزام العاقد الآخر . فحاول الشراح والمحاكم أن يسدوا هذا النقص ولجأوا فى ذلك الى المادة ١١٨٤ مدنى فرنسى التى تقرر وجود شرط فاسخ ضمنى فى جميع العقود الملزمة للجانبين يسمح لكل من العاقدين بفسخ العقد اذا أخل العاقد الآخر بالتزامه

على أن يتم هذا الفسخ من تلقاء نفسه بل بقضاء القاضى ، واستنبطوا من ذلك بطريق مفهوم المخالفة ومن التساند interdépendance المقرر بين التزامات كل من العاقدين والتزامات العاقد الآخر أن انقضاء التزام أحد الطرفين بسبب الهلاك أو بسبب استحالة الوفاء يستتبع فسخ العقد من تلقاء نفسه على أن يتم هذا الفسخ بقضاء القاضى[1] ، أى أن حكم القاضى فى هذه الحالة يكون مقرراً للفسخ لا منشئا له كما فى الفسخ المبنى على اخلال أحد العاقدين بالتزاماته . ويترتب على الفسخ أن تقع تبعة الهلاك على المدين .

أما المشرع المصرى ، فقد تفادى نقص القانون الفرنسى ، وعنى بالنص على أثر الهلاك واستحالة الوفاء فى فسخ العقد الملزم للجانبين ، فنص فى المادة ١٧٩ / ٢٤٢ مدنى قديم ثم فى المادة ١٥٩ مدنى جديد على انه « فى العقود الملزمة للجانبين اذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه » . ومن المقرر أن انفساخ العقد فى هذه الحالة لا يحتاج الى حكم قضائى متى كانت استحالة التنفيذ غير منازع فيها[2] .

ويترتب على انفساخ العقد بسبب الهلاك أو استحالة الوفاء أن تقع تبعة الهلاك على المدين .

فالقاعدة اذن فى العقود الملزمة للجانبين ، سواء أكان ذلك فى القانون الفرنسى أم فى القانون المصرى ، أن الهلاك على المدين .

ويلاحظ أنه يشترط فى ذلك أن يكون المحل الذى هلك محل التزام أساسى يقابله التزام آخر مرتبط به فى ذمة الطرف الآخر كالتزام البائع بنقل الملكية

---

(١) انظر فى نقد ذلك بحثاً لنا فى مجلة القانون والاقتصاد ٦ ص ٣٢٧ القسم الافرنجى .

(٢) أنظر مناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٣٥ .

والتزام المشترى بدفع الثمن. أما اذا كان الالتزام الذى صار الوفاء به مستحيلا التزاما ثانوياً وليس له مقابل تام فى ذمة الطرف الآخر كالتزام البائع بتسليم أصل سند الملكية المسجل قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ حيث كانت السندات التى تسجل يكتفى بنقل صورتها فى السجل المعد لذلك وترد أصولها الى أصحابها، فلا تكون تبعة استحالته على المدين به بل على الدائن كما فى الالتزامات الناشئة من عقد ملزم لجانب واحد.

٢٦٢ — حكم الهلاك فى عقد البيع وسائر العقود الناقلة للملكية —

(أ) فى القانون الفرنسى — تنص المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى على أن « الالتزام بتسليم شىء يتم بمجرد اتفاق العاقدين، وأنه يجعل الدائن مالكا وينقل اليه تبعة الهلاك من الوقت الذى يجب فيه تسليم الشىء ولو لم يتم التسليم فعلا، ما لم يكن المدين معذراً للتسليم فتبقى عليه تبعة الهلاك » (انظر أيضاً المواد ٥٨٣، ١٥٨٥، ١٥٨٦، ١٦٢٤ مدنى فرنسى فى باب البيع).

ويلاحظ أن المقصود بعبارة « الالتزام بالتسليم » الواردة فى صدر هذه المادة التسليم الذى كان فى القانون الرومانى وفى القانون الفرنسى القديم لازما لنقل الملكية، لا التسليم الناقل للحيازة. أما لفظ التسليم فى بقية النص، فالمقصود به التسليم الناقل للحيازة.

وقد فسر الشراح الفرنسيون هذا النص بأنه يقضى بأنه اذا هلك محل الالتزام بنقل ملكية شىء فان هلاكه لا يكون على المدين بل على الدائن من وقت العقد، ولو حدث الهلاك قبل التسليم الفعلى أو حتى قبل أن يحل أجل التسليم.

وترى الكثرة فى هذا الحكم خروجا على القاعدة العامة التى تجعل الهلاك على المدين، ولكنها تنقسم فى تكييف هذا الخروج، فيرى فيه البعض أخذاً بقاعدة الهلاك على الدائن كما فى العقود الملزمة لجانب واحد، ويرى فيه البعض الآخر أخذاً بقاعدة الهلاك على المالك باعتبار أن العقد ناقل الملكية من وقت انعقاده.

وذهب جوسبران الى أن حكم المادة ١١٣٨ ليس فيه خروج على القاعدة العامة ، وبنى رأيه على أنه ما دام العقد ينقل الملكية بمجرد اتفاق العاقدين، فان من يلتزم بنقل الملكية يبرأ من التزامه بمجرد انعقاد العقد فلا يبقى مدينا ولا تقع عليه تبعة الهلاك وفقا للقاعدة العامة . غير أن هذا الرأى مردود بأن الملتزم بنقل الملكية يبقى — بالرغم من انتقال الملكية من تلقاء نفسها بمجرد العقد — مدينا بتسليم الشىء الذى انتقلت ملكيته تسليما ناقلا للحيازة، وأن تطبيق القاعدة العامة عليه كان يؤدى الى جعل الهلاك عليه .

والرأى عندى أن نص المادة ١١٣٨ قد حمل أكثر مما يحتمل ، فليس صحيحاً أنه يقضى بنقل تبعة الهلاك الى الدائن من وقت العقد ولو كان محل الالتزام لم يسلم أو لم يحل أجل تسليمه ، بل انه لا يجعل تبعة الهلاك على الدائن الا من الوقت الذى يجب فيه تسليم الشىء أو كما يقول النص dès l'instant où la chose a dû être livrée أى أنه اذا عين فى العقد أجل للتسليم، فان الملكية تنتقل بمجرد العقد . أما تبعة الهلاك فلا تنتقل الا من وقت حلول أجل التسليم .فاذا حل هذا الأجل انتقلت تبعة الهلاك الى المشترى ولو لم يتم التسليم فعلا، مالم يكن البائع معذراً للتسليم فتقع عليه تبعة الهلاك[١].

وسيأتى أن فهم نص المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى على هذا الوجه من شأنه أن يقرب الشقة التى يراها أكثر شراح القانون المصرى كبيرة بين حكم القانون الفرنسى وحكم القانون المصرى فى هذا الشأن .

٢٦٣ — (ب) فى القانون المصرى : (١) نصوص التقنين الملغى — وردت فى التقنين الملغى عدة نصوص متعلقة بحكم هلاك المبيع يبدو أنها متعارضة متنافرة، فحار الشراح فى التوفيق بينها وذهبوا فى ذلك مذاهب شتى.

---

(١) أنظر أيضا هذا مبسوطاً فى بحث لنا فى نظرية الهلاك فى القانونين الفرنسى والمصرى، مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٦ من ص ٣٢٢ الى ص ٣٥١ (باللغة الفرنسية) . وقد اعتمد رأينا هذا فيما يتعلق بالقانون الفرنسى الأستاذ سيتفانى فى دروسه فى القانون المدنى المقارن لطلبه الدكتوراه بجامعة باريس سنة ١٩٠٦/١٩٠٧ ص ٥٤ وما بعدها .

وأهم هذه النصوص ما قضت به المادة ٢٩٧/٣٧١ من أنه «اذا هلك المبيع قبل التسليم ولو بدون تقصير البائع أو اهماله وجب فسخ البيع ورد الثمن ان كان دفع الا اذا كان المشترى قد دعى لاستلام المبيع بورقة رسمية أو بما يقوم مقامها أو بمقتضى نص العقد».

وظاهر من هذا النص أنه يجعل الهلاك على البائع قبل التسليم ، أى أنه يطبق القاعدة العامة ، قاعدة الهلاك على المدين .

أما النصوص الأخرى ، فيبدو فى ظاهرها أنها تأخذ بالحكم العكسى وأنها تجعل الهلاك على المشترى من وقت البيع أو على الأقل من وقت انتقال الملكية الى المشترى أخذاً بقاعدة الهلاك على المالك. من ذلك نص المادة ٢٤١/٣٠٧ الذى جاء فيه أنه «اذا كان البيع ليس جزافا بل كان بالوزن أو بالعدد أو بالكيل أو المقاس فلا يعتبر البيع تاما بمعنى أن المبيع يبقى فى ضمان البائع الى أن يوزن أو يكال أو يعد أو يقاس» . فهذا النص قد رتب انتقال تبعة الهلاك فى بيع المثليات على اجراء فرزها . ولأن الملكية فى مثل هذه الحالة لا تنتقل الا من وقت الفرز ، ذهب أكثر الشراح الى أن هذا النص يربط انتقال تبعة الهلاك بانتقال الملكية أى أنه يأخذ بمبدأ الهلاك على المالك خلافا للقاعدة العامة المقررة فى المادة ٢٩٧/٣٧١ (قاعدة الهلاك على المدين) .

وكذلك المادة ٢٤٠/٣٠٦ التى تنص على أنه اذا كان البيع جزافا فيعتبر تاما ولو لم يحصل وزن ولا عدد ولا كيل ولا مقاس ، فان تقريبها من نص المادة ٢٤١/٣٠٧ سمح بالقول بأنها تجعل انتقال الملكية وانتقال تبعة الهلاك فى البيع الجزاف يتمان معا من وقت انعقاد البيع ، فيكون الهلاك من وقت العقد على المشترى ، أى على الدائن الذى صار مالكا ، لا على المدين .

وقد نصت المادة ٢٦٦/٣٣٦ على أن «ينشأ عن البيع... على حسب الأحوال

أن يكون المبيع فى ضمان المشترى » ، أى أنها أقرت جعل تبعة الهلاك على المشترى خلافا للمادة ٢٩٧/٣٧١ التى جعلته على البائع . غير أنه يلاحظ أن عبارة «على حسب الأحوال» التى وردت فى هذا النص تحمل معنى التحفظ أو الاحالة الى أحكام أخرى ، وقد اختلف الشراح أيضا فى تعيين المقصود بها .

ولا يسع المرء عند النظر الى هذه النصوص المختلفة بادىء الأمر الا التسليم بوجود التنافر بينها . وقد أشرنا فيما تقدم الى حيرة الشراح فى التوفيق بينها والى اختلاف آرائهم فى ذلك[1] .

---

(١) وقد حاول هالتون أن يوفق بين المادتين ٢٦٥/٣٣٦ و ٢٩٧/٣٧٢ ولكنه أغفل المادتين ٢٤٠ — ٢٤١/٣٠٦ — ٣٠٧ (هالتون ج ٢ ص ٢٧) .

وذهب فتحى زغلول باشا الى أن المشرع المصرى أخذ بمبدأ الهلاك على المالك كما يظهر من النصوص المتقدمة عدا المادة ٢٩٧/٣٧١ ، وأن المقصود بهذه المادة الأخيرة أن يكون حكمها مقصوراً على المثليات التى تباع بالوزن أو العدد أو الكيل أو المقاس وهى ذات الحالة المنصوص عليها فى المادة ٢٤١/٣٠٧ (فتحى زغلول باشا ص ٢١٧) .

وكان من رأى عبد السلام ذهنى بك ان المشرع أخذ بمبدأ الهلاك على المالك كقاعدة عامة فى العقود الناقلة للملكية ثم خرج على تلك القاعدة فيما يتعلق ببيع القيمى ، ونص بشأنه فى المادة ٢٩٧/٣٧١ على ان يكون الهلاك على المدين . (عبد السلام ذهنى بك فى الالتزامات ص ٢٠٢ ومابعدها وص ٢٠٧ ،وقارن فى هذا المعنى أيضاً دى هلتس فى باب الهلاك Risques من نبذة ١٠ الى نبذة ١٥) .

وبالعكس من ذلك رأى حلمى عيسى باشا ،فانه يعتبر أن المشرع أخذ بمبدأ الهلاك على المدين كقاعدة عامة نص عليها فى صيغة مطلقة فى المادة ٢٩٧/٣٧١ ثم خرج على هذه القاعدة فى الحالتين الآتيتين : (١) حالة اعذار المشترى سواء كان ذلك بالانذار أو بما يقوم مقامه ام كان بالاتفاق فى عقد البيع على أن يكون المشترى معذراً من وقت العقد، (٢) حالة بيع المثليات سواء تم البيع جزافا او بالوزن او العدد أو الكيل أو المقاس .

وكان من رأى حلمى عيسى باشا أن أولى الحالتين اللتين خرج فى شأنهما المشرع على قاعدة الهلاك على المدين يمكن تبريرها بأن اعذار المشترى يجعله مقصراً ويلقى عليه تبعة الهلاك جزاء هذا التقصير . أما الحالة الأخرى فلا يرى لها مبرراً وينسب خروج المشرع على القاعدة الأصلية فى شأنها الى السهو وعدم الالتفات ، اذ يعتقد أن المشرع قد قصد أن يعدل فى وضع القاعدة العامة عن القاعدة المتبعة فى القانون الفرنسى فقرر فى المادة ٢٩٧/٣٧١ قاعدة الهلاك على المدين أخذاً عن الشريعة الاسلامية،ثم سها عن ذلك عند وضع حكم بيع المثليات فى المادتين ٢٤٠/٣٠٦ — ٣٠٧ فعاد دون أن يشعر الى الأخذ بالحكم الذى اعتقد أنه حكم القانون الفرنسى (حلمى عيسى باشا فى شرح عقد البيع ص ٣٩٠ و ٣٩١) .

غير أنه بامعان النظر فى هذه النصوص المختلفة يتبين أن لا تعارض بينها وأنها صدرت جميعاً عن أصل واحد وأنه لا استثناء فيها ، ذلك أن المادة ٢٩٧/٣٧١ جعلت القاعدة العامة أن الهلاك على المدين الى حين التسليم ثم ينتقل الى الدائن . ولكن التسليم المقصود فيها هو التسليم القانونى الذى عرفته المادة ٢٧١/٣٤٢ بأنه وضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن هذا من تسلمه دون عائق ولو لم يتسلمه بالفعل مع اعـــلام المشترى بذلك (راجع نبذة ١٨٣) . وقد تقدم أنه يعتبر فى حكم التسليم القانونى اعذار المشترى لتسلم المبيع سواء كان الاعذار بالانذار أو بما يقوم مقامه أم كان بالاتفاق فى العقد على جعل المشترى معذراً بمجرد حلول الأجل المعين للتسليم أو من وقت العقد اذا لم يكن التسليم مؤجلا (راجع نبذة ١٨٥) .

وبناء على ذلك وعلى نص المادة ٢٩٧/٣٧١ يتحمل البائع تبعة الهلاك الى أن يضع المبيع تحت تصرف المشترى أو الى الوقت الذى يصبح فيه المشترى معذراً لتسلم المبيع . أما بعد ذلك فيكون الهلاك على المشترى ولو لم يتسلم المبيع بالفعل . ويلاحظ أن المشترى يمكن أن يصير معذراً من وقت العقد اذا اتفق على ذلك ولم يكن التسليم مؤجلا ، وأنه يجب أن تصرف الى هذه الحالة عبارة المادة ٢٥٦/٣٣٦ التى تقول انه ينشأ عن البيع ... على حسب الأحوال أن يكون المبيع فى ضمان المشترى .

أما المادة ٢٤١/٣٠٧ فيلاحظ أنها اذ جعلت تبعة هلاك المبيع المثلى تنتقل الى المشترى من وقت الوزن أو العد أو المقاس أو الكيل قد جمعت عند وقت فرز المبيع ثلاثة أمور هى انتقال الملكية وانتقال تبعة الهلاك وحصول التسليم القانونى ، أما انتقال الملكية وانتقال تبعة الهلاك فأمرهما ظاهر . وأما التسليم القانونى ، فلأن المفروض فى هذه المادة أن التسليم غير مؤجل أى أنه مستحق ، ان لم يكن من وقت العقد ، فمن وقت الفرز على الأقل ،

والغالب عملا أن يقترن الفرز بوضع المبيع تحت تصرف المشترى ، فيعتبر ذلك تسليما قانونيا . ومتى كان انتقال تبعة الهلاك يصاحب كلا من انتقال الملكية ومن التسليم القانونى ، فلا داعى لربطه بالأول دون الثانى اذا كان فى ذلك خروج عن القاعدة العامة ، مادام فى الامكان ربطه بالثانى تطبيقاً لتلك القاعدة . واذن يتعين اعتبار حكم المادة ٢٤١/٣٠٧ تطبيقاً خفياً للقاعدة الواردة فى المادة ٢٩٧/٣٧١ وقصره على حالة عدم تأجيل التسليم . أما اذا كان تسليم المثليات مؤجلا الى مابعد الفرز بزمن ، بقى المبيع فى ضمان البائع حتى التسليم ، تطبيقاً للقاعدة الأصلية ذاتها . وهو تطبيق لاخفاء فيه ولا يحتاج الى نص خاص كنص المادة ٢٤١/٣٠٧ .

وكذلك نص المادة ٢٤٠/٣٠٦ الذى يقرر نقل تبعة الهلاك فى البيع الجزاف من وقت العقد ولو لم يحصل وزن ولا عدد ولا كيل ولامقاس ، فانه يفترض عدم الاتفاق على تأجيل التسليم أى أن التسليم مستحق من وقت العقد ، وبناء على ذلك يعتبر البائع واضعا المبيع تحت تصرف المشترى من وقت العقد لأنه وقت استحقاق التسليم مالم يكن البائع معذراً للتسليم . واذن يكون نقل تبعة هلاك المبيع جزافا الى المشترى من وقت العقد نتيجة لحصول التسليم القانونى لا لانتقال الملكية ، بحيث اذا انتقلت الملكية وكان التسليم مؤجلا بنص العقد أو كان البائع معذراً للتسليم فان تبعة الهلاك لا تنتقل الى المشترى تبعاً لانتقال الملكية بل تبقى على البائع الى حين التسليم .

ويخلص من ذلك أن التقنين المدنى الملغى ، بالرغم من تعدد نصوصه المتعلقة بهلاك المبيع والاختلاف البادى بينها فى ظاهرها ، وخلافاً لما رمى به من تناقض وتعارض ، كان قد وضع قاعدة عامة تجعل الهلاك على البائع الى حين التسليم القانونى (المادة ٢٩٧/ ٣٧١) ، وأنه لم يغفل فى النصوص

الأخرى سوى تطبيق هذه القاعدة على بعض الحالات التى رأى فى تطبيقها عليها بعض الخفاء[1].

٢٦٤ — (٢) فى التقنين المدنى المصرى الحالى — أخذ واضعو التقنين المدنى المصرى الحالى بالتفسير الذى انتهينا اليه فيما يتعلق بنصوص التقنين الملغى ورأوا أن يتفادوا تعدد النصوص والتطبيقات المختلفة التى أثارت فى ظل التقنين الملغى هذه الخلافات، فاقتصروا على وضع حكم واحد يقرر قاعدة عامة لا استثناء منها ، اذ نصوا فى المادة ٤٣٧ على أنه « اذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن الا اذا كان الهلاك بعد اعذار المشترى لتسلم المبيع » .

وظاهر أن هـــذا النص يجعل تبعة الهلاك فى جميع الأحوال على البائع الى حين التسليم باعتبار البائع مديناً فى الالتزام الذى هلك محله ، وذلك تطبيقاً للـمادة ١٥٩ مدنى . ويستوى فى ذلك أن يكون المبيع قيمياً أو مثلياً ، وأن يكون المثلى مبيعاً جزافاً أو بالوزن أو العدد أو الكيل أو المقاس[2] .

على أن المقصود بالتسليم هو التسليم القانونى الذى عرفته المادة ٤٣٥

---

(١) أنظر رأينا هذا مبسوطاً فى بحثنا المشار اليه عن نظرية الهلاك فى القانونين الفرنسى والمصرى المقارنين ، مجلة القانون والاقتصاد ٦ سنـــة ١٩٣٦ من ص ٣٢٢ الى ص ٣٥١ أفرنجى ، وقارن فى هذا المعنى تقريباً رأى الهلالى وحامد زكى فى البيع نبذة ٣٢٨ وما بعدها.

(٢) وليس الغرض من هذه القاعدة الا اقالة المدين من التزامه الذى صار تنفيذه مستحيلا فى نظير اسقاط حقه المقابل لالتزام الطرف الآخر . ولا يصح أن يؤدى ذلك الى اثراء المدين بسبب استحالة التزامه . وتطبيقاً لذلك حكم بأن انقضاء دين المدين استحالة الوفاء لا يصح أن يترتب عليه اثراء المدين اذا كان الفعل المكون للاستحالة يخول المدين الحق فى تعويض عن قيمة الشىء الذى هلك وكانت قيمة هذا التعويض تفوق الثمن الذى كان للمدين أن يتقاضاه من دائنه . ففى هذه الحالة يجوز للبائع مطالبة المدين بالفرق بين الثمن المتفق عليه وقيمـــة التعويض المذكور ، كما فى حالة استيلاء الحكومة على الشىء المبيع فى يد بائعه لقاء تعويض سخى [استئناف مختلط ١٨ أبريل ١٩٤٠ (٥٢ ص ١٤٧)] .

فقرة أولى وما فى حكمه كالتسليم بمجرد تغيير سند الحيازة (المادة ٤٣٥ فقرة ثانية) واعذار المشترى لتسلم المبيع (المادة ٤٣٧ فى نهايتها ، راجع ماتقدم فى نبذة ١٨٥) .

فاذا لم يكن للتسليم أجل ووضع البائع المبيع تحت تصرف المشترى من وقت العقد أو اتفق فى العقد على أن يبقى المبيع فى حيازة البائع مع تغيير سند حيازته أو على أن يعتبر المشترى معذراً لتسلم المبيع من وقت العقد ، انتقلت تبعة الهلاك الى المشترى من وقت العقد .

وكذلك لو هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له (المادة ٤٦٠ مدنى)، لأن ثبوت حق الحبس للبائع يفترض اخلال المشترى بالتزاماته ويجعله مسئولا عن تأخر التسليم ، فتنتقل الى هذا الأخير تبعة الهلاك كما لو كان قد أعذر لتسلم المبيع ، الا اذا ثبت أن المبيع قد هلك بفعل البائع فيسأل هذا عن فعله .

أما اذا كان للتسليم أجل أو اذا حل أجله ولم يقم به البائع ، بقى الهلاك عليه .

٢٦٥ — **التقارب بين القانون الفرنسى والقانون المصرى** — تقدم أن الرأى الراجح فى القانون الفرنسى يعتبر الهلاك فى العقود الناقلة للملكية على المالك، أى على المشترى، من وقت العقد ، فى حين أن القاعدة فى القانون المصرى أن الهلاك على المدين، أى على البائع .

ولا شك فى أن المقابلة بين القانونين على هذا الوجه تظهر بعد الشقة بينهما بل تجعلهما على طرفى نقيض .

غير أننا اذا أخذنا بالتفسير الذى انتهينا اليه فى كل منهما قربت شقة الخلاف بينهما حتى يكادا أن يتقابلا .

ذلك أننا بينا أن الرأى الذى ينبغى أن يعول عليه فى تفسير نص المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى هو أنها تجعل تبعة الهلاك على الدائن (المشترى) من الوقت الذى يجب فيه تسليم الشىء محل التعاقد ولو لم يستول الدائن على هذا الشىء فعلا مادام المدين غـير معذر للتسليم ، وأن الرأى الصحيح فى القانون المصرى (القديم والجديد) هو أن الهلاك على البائع الى حين التسليم القانونى وهو الذى يعتبر تاماً بمجرد حلول أجل التسليم واعذار المشترى للتسلم .

فالقانونان فى رأيى متفقان فى جعل تبعة الهلاك على البائع فى الفترة ما بين العقد والأجل المعين للتسليم ان وجدت . فاذا لم توجد أو وجدت وحل الأجل ، فان القانون الفرنسى يجعل الأصل انتقال تبعة الهلاك الى المشترى من الوقت الذى يجب فيه التسليم (سواء كان هو وقت العقد أو وقت حلول الأجل) ما لم يكن البائع معذراً للتسليم ، أى بشرط ألا يكون البائع قدامتنع عن التسليم . والقانون المصرى ينقل تبعة الهلاك الى المشترى من الوقت الذى يجب فيه التسليم أيضاً بشرط حصول التسليم القانونى أو الحكمى أو اعذار المشترى لتسلم المبيع . ففى القانونين تقع تبعة الهلاك على البائع من وقت العقد الى الوقت الذى يجب فيه التسليم ثم تنتقل الى المشترى من هذا الوقت بشرط ثبوت وضع المبيع تحت تصرفه أو عدم امتناع البائع عن تسليمه اياه .

٢٦٦ — حكم الهلاك الجزئى — فى التقنين الملغى كانت المادة ٢٩٨/٣٧٢ تنص على أنه « اذا نقصت قيمة المبيع بعيب حدث فيه قبل استلامه بحيث لو كان ذلك العيب موجوداً قبل العقد لامتنع المشترى عن الشراء كان المشترى مخيراً بين الفسخ وبين ابقاء المبيع بالثمن المتفق عليه الا اذا سبق منه رهنه » .

وكان يؤخذ على هذا النص (أولا) أنه لم يتعرض الا للهلاك الجزئى الجسيم ، أى الذى لو علمه المشترى وقت العقد لامتنع عن التعاقد ، وأنه ترك حالة الهلاك الجزئى الذى لم يبلغ هذا الحد من الجسامة فلم يورد لها حكماً ولم يجعل لها أثراً فى العقد ، أو بعبارة أخرى انه جعل تبعة الهلاك الجزئى غير الجسيم على عاتق المشترى حيث لم يخول الأخير فى هذه الحالة فسخ العقد ولا نقص الثمن ، وهذا يخالف الأصل الذى صدر عنه المشرع فى تنظيم تبعة الهلاك . و (ثانياً) أنه فيما يتعلق بحالة الهلاك الجزئى الجسيم — بالرغم من افصاحه عن رغبة المشرع فى جعل تبعة الهلاك قبل التسليم على البائع وبعده على المشترى — قد أتى بحكم يتفق مع هذه الرغبة فى فرض ويعارضها فى فرض آخر ، حيث قد رتب فى هذه الحالة خياراً للمشترى بين الفسخ وبين الاحتفاظ بالباقى من المبيع بالثمن المتفق عليه . واذا كان اختيار المشترى الفسخ يلقى تبعة الهلاك فعلا على البائع ، فإن اختياره ابقاء البيع والاحتفاظ بالباقى من المبيع بالثمن المتفق عليه يؤدى الى اعفاء البائع من كل تبعة الهلاك والقائها على المشترى خلافاً لما تقضى به القاعدة الأصلية التى صدر عنها المشرع فى هذا الحكم .

وقد تحاشى التقنين الحالى العيبين اللذين اشابا نص التقنين الملغى ، فنص فى المادة ٤٣٨ منه على أنه « اذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف اصابه ، جاز للمشترى اما أن يطلب فسخ البيع اذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، واما أن يبقى المبيع مع انقاص الثمن » .

وظاهر من هذا النص أنه يجعل على المشترى تبعة الهلاك الجزئى الطارىء بعد التسليم ، وعلى البائع تبعة الهلاك الجزئى الذى يقع قبل التسليم ، وأنه أتى بحكم الهلاك الجزئى البسيط ، فرتب عليه حق المشترى فى نقص الثمن ولم يرتب عليه فسخ العقد ، وأنه فى الهلاك الجزئى الجسيم قد خير المشترى بين الفسخ وبين نقص الثمن .

ولا شك فى أن هذه الأحكام جميعاً تتفق مع القاعدة الأصلية التى وردت فى شأن الهلاك الكلى ومع سائر القواعد العامة التى تقدمت تطبيقاتها فى ضمان الاستحقاق الجزئى وضمان العيوب الخفية .

المبحث الثانى

آثار انحلال عقد البيع

§ ١ — فيما بين البائع والمشترى

٢٦٧ — *وجوب اعادة الحالة الى ماكانت عليه قبل العقد* - نصت المادة ١٤٢ فقرة أولى مدنى على أنه « فى حالتى ابطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، فاذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل » . ونصت المادة ١٦٠ مدنى على أنه « اذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فاذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض » .

وبناء على ذلك اذا انحل عقد البيع بتقرير بطلانه أو فسخه وجب على كل من البائع والمشترى أن يرد الى الطرف الآخر ما حصله بسبب العقد . واذا كان انحلال العقد راجعاً الى تقصير أحد الطرفين التزم هذا الطرف ، فوق الرد ، بتعويض الطرف الآخر عن انحلال العقد .

٢٦٨ — *ما يجب على المشترى* — وتطبيقاً لذلك يلزم المشترى فى حالة انحلال عقد البيع بما يأتى :

(١) أن يرد المبيع اذا كان قد تسلمه .

(٢) أن يرد ما حصله من ثمار المبيع سواء كانت تلك الثمار طبيعية أو صناعية أو مدنية ، لأن المبيع يعتبر كأنه لم يخرج من ملك البائع وكذلك ثماره التى حصلها المشترى . ولا يجوز لهذا أن يدعى فى حالة الفسخ تملكها

بقبضها بحسن نية لأنه اذا كان سبب الفسخ من جانبه اعتبر أنه كان عالما بقابلية العقد للفسخ وانتفى بذلك حسن نيته فى قبض الثمار، ولأنه اذا وقع الفسخ بناء على طلبه اعتبر أنه بهذا الطلب قد قبل أن يعيد الحالة الى ما كانت قبل العقد بما فى ذلك رد الثمار التى حصلها بسبب العقد . أما فى حالة البطلان فيجوز له ذلك .

(٣) أن يعوض البائع عما أحدثه بالمبيع من تلف . ولا يلزم بتعويض التلف الذى يحدث بمجرد مرور الزمن .

واذا وقع الفسخ بناء على طلب البائع وبسبب تقصير المشترى وجب على هذا أن يدفع للبائع فوق ما تقدم :

(٤) تعويضاً عما أصابه من ضرر وما فاته من ربح بسبب الفسخ .

(٥) مصروفات دعوى الفسخ .

٢٠٩ — *ما يجب على البائع* — ويلزم البائع بما يأتى :

(١) أن يرد ما قبضه من الثمن ، ويسقط عن المشترى ما لم يتم دفعه من الثمن.

(٢) أن يدفع للمشترى فوائد ما قبضه من الثمن من وقت قبضه لأنه لا يجوز أن يجمع بين ثمار المبيع وفوائد الثمن ما لم يكن هو حسن النية والمشترى سيء النية وألزم الأخير برد الثمار قبل أن يطالب هو البائع بالفوائد[١] .

---

(١) اذا كان البائع حسن النية فانه يتملك فوائد الثمن بقبضها ولا يلزم بردها . واذا كان المشترى سيء النيـــة ، فانه لا يتملك الثمار ويلزم بردها . فاذا تمسك البائع بتملكه فوائد الثمن قبل أن يحكم له بالزام المشترى سيء النية برد الثمار ثم طلب البائع رد الثمار فانه لا يجاب الى طلبه اذا كان طلبه مبنيا على رد غير المستحق لأن الرد حينئذ يفترض أداء دون مقابل ، ولأن المشترى يكون أداؤه فى هذه الحالة مقابل فقده فوائد الثمن التى تمسك بها البائع ، فلا يلزم برد الثمار . أما اذا طلب البائع رد الثمار الطبيعية بدعوى استحقاق عينيـــة باعتبار الثمار نتاج المبيع وملكا له تبعاً لملكية المبيع فيحكم له بها .

(٣) أن يرد للمشترى المصروفات الضرورية التى أنفقها فى المحافظة على المبيع ، وأن يرد اليه فى مقابل المصروفات النافعة أى التى أنفقت فى تحسينات أو انشاءات أدخلت على المبيع ، اما قيمة هذه التحسينات أو الانشاءات ، واما المصروفات الفعلية التى أدت الى هذه التحسينات والانشاءات (المادة ٩٢٤ فقرة أولى) .

واذا وقع الفسخ بناء على طلب المشترى وبسبب تقصير البائع وجب على هذا أن يدفع للمشترى فوق ما تقدم :

(٤) المصروفات الكمالية باعتبارها ضرراً غير متوقع وباعتبار البائع سيىء النية .

(٥) جميع مصروفات العقد ومصروفات دعوى الفسخ وأية دعوى أخرى اضطر المشترى الى رفعها بسبب تقصير البائع .

(٦) تعويضاً عما فات المشترى من ربح وما لحقه من خسارة بسبب فسخ العقد وضياع الصفقة عليه .

٢٧٠ — **وقوع المقاصة بين دينى البائع والمشترى** — تقع المقاصة بين ما يجب على البائع وما يجب على المشترى من مبالغ نقدية فى حدود الأقل من الدينين ويحكم بالفرق فقط على من يكون مدينا به . ولا تقع المقاصة بين هذه المبالغ وما يجب رده عيناً كالمبيع وثماره الطبيعية الا اذا قوم نقداً .

وفائدة المقاصة أنها تضمن لكل من الطرفين تحصيل حقه ، فلا يلزم أحدهما بدفع ما عليه ثم يضطر بعد ذلك الى مطالبة الطرف الآخر .

§ ٢ — بالنسبة الى الغير

٢٧١ — **القاعدة العامة** — الأصل أن انحلال العقد سواء من طريق ابطاله أومن طريق فسخه يجعل المشترى كأن لم يملك المبيع فى أى وقت مضى. وبناء على ذلك تعتبر التصرفات التى صدرت من المشترى فى المبيع تصرفات صادرة من غير مالك فلا يكون لها أى أثر فى حق البائع ، بل يعود المبيع الى البائع خالياً من أى حق قرره عليه المشترى لصالح أى شخص آخر. فاذا رهن المشترى المبيع أو رتب عليه حق انتفاع أو حق ارتفاق لآخر ، فان حقوق الرهن والانتفاع والارتفاق لاتكون نافذة فى حق البائع اذا ما عادت ملكية المبيع اليه بسبب انحلال العقد . واذا باع المشترى المبيع الى مشتر ثان فان انحلال العقد الأول يجعل العقد الثانى صادراً من غير مالك وبالتالى غير نافذ فى حق البائع الأول ، فيجوز لهذا أن يسترد المبيع من المشترى الثانى.

غير أن استرداد المبيع من تحت يد المشترى الثانى يختلف عن استرداده من تحت يد المشترى الأول فى أن المشترى الثانى لايلزم برد الثمار لأنه تملكها بقبضها بحسن نية ، اذ هو لايعتبر سيىء النية الا من وقت علمه برفع دعوى الابطال أو الفسخ على المشترى الأول ، وفى أنه لايلزم بدفع تعويض عما أحدثه بالمبيع من تلف الا فى حدود الفائدة التى عادت عليه من ذلك كما اذا هدم بناء وباع أنقاضه ، لأنه كان على حق فى اعتقاده أن المبيع ملكه ولا يسأل الشخص عن اتلافه ما يملك. فى حين أننا رأينا أنه اذا حصل الاسترداد من تحت يد المشترى الأول ألزم هذا برد الثمار وبدفع تعويض عما أتلف من المبيع .

على أن هذه القاعدة العامة التى تقضى بأن انحلال العقد يترتب عليه اعتبار المشترى كأن لم يكن مالكا فى أى وقت وعدم نفاذ تصرفاته فى حق البائع ووجوب عودة المبيع الى البائع خالصاً من كل حق رتبه عليه المشترى لصالح

الغير ، ترد عليها استثناءات لمصلحة الغير مبنية على ضرورة حماية الغير حسن النية ، بعضها خاص بالأموال المنقولة ، والبعض الآخر خاص بالأموال العقارية .

٢٧٢ — الاستثناء الخاص ببيع المنقول — اذا كان المشترى قد تصرف فى المبيع المنقول الى آخر قبل أن يتقرر انحلال عقده وتسلم المتصرف اليه المبيع فعلا بحسن نية جاز للمتصرف اليه أن يتذرع فى دفع دعوى الاسترداد التى يرفعها عليه البائع الأصلى بعد انحلال عقد البيع الأول بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية المقررة فى المادة ٩٧٦ فقرة أولى مدنى التى تنص على أن « من حاز بسبب صحيح منقولا أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله ، فانه يصبح مالكا له اذا كان حسن النية وقت حيازته » فان هذه القاعدة تحمى المتصرف اليه فى المبيع متى حازه بحسن نية من سريان فسخ عقد البيع الأول فى حقه ، فلا يترتب على هذا الفسخ زوال حقه الذى يعتمد فيه على حيازة المبيع المنقول بحسن نية .

٢٧٣ — (ب) الاستثناء الخاص بالعقارات — تقدم أن ملكية العقارات المبيعة لا تنتقل لا فيما بين العاقدين ولا بالنسبة الى الغير ـ وفقاً لقانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ وقانون الشهر العقارى الذى حل محله ابتداء من أول يناير ١٩٤٧ ـ الا من وقت تسجيل عقد البيع . ولم يكتف المشرع فى تنظيم شهر الحقوق العينية العقارية بتسجيل العقد الناقل للملكية بل أوجب أيضاً شهر عرائض الدعاوى التى يمكن أن تؤثر فى سند الملكية الذى تم تسجيله ، فنص فى المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى على أنه يجب التأشير فى هامش تسجيل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الالغاء أو الرجوع ، فاذا كان المحرر الأصلى لم يشهر وجب تسجيل تلك الدعاوى . ثم رتب فى المادة ١٧ منه

على تسجيل تلك الدعاوى أو التأشير بها أن حق المدعى اذا تقرر بحكم مؤشر به طبق للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها ، ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار اليهما ، أى أنه اشترط فى سريان فسخ البيع أو ابطاله فى حق الغير الذى تلقى من المشترى بحسن نية حقاً عينيا على العقار المبيع أن تكون دعوى الفسخ أو الابطال قد تم شهرها قبل أن يكسب الغير حقه ، أما اذا لم تشهر هذه الدعاوى أصلا أو شهرت بعد تلقى الغير حقه ، فان الفسخ أو الابطال لا يؤثر فى حق الغير .

فاذا كان التصرف الذى صدر من المشترى فى العقار المبيع بيعاً ثانيا وكان المشترى الثانى حسن النية وقام بتسجيل عقده قبل شهر دعوى فسخ البيع الأول أو ابطاله ، فان حكم الفسخ أو الابطال الذى يصدر لمصلحة البائع الأول لا يكون نافذاً فى حق المشترى الثانى ، فتبقى الملكية لهذا المشترى الأخير ، ويصبح تنفيذ رد المبيع الى البائع المحكوم له بالفسخ أو الابطال تنفيذاً عينياً غير ممكن ، فيلزم المشترى الأول بالتنفيذ بمقابل ، أى بتعويض عن قيمة المبيع وعما يصيب البائع من أضرار أخرى بسبب عدم رد المبيع اليه عيناً .

واذا كان التصرف الذى صدر من المشترى رهنا الى دائن حسن النية قام بشهر حقه قبل شهر دعوى الفسخ أو الابطال ، فان حكم الفسخ أو الابطال لا ينفذ ازاء الدائن المرتهن ، أى أنه لا يؤثر فى حق الرهن ، فيترتب عليه عودة الملكية الى البائع محملة بحق الرهن الذى ثبت للدائن ، ويلزم المشترى فى هذه الحالة بتعويض البائع عن كل ما يصيبه بسبب هذا الرهن من أضرار .

واذا انبنى طلب الفسخ على اخلال المشترى بالتزامه بدفع باقى الثمن ،

فان حكم الفسخ ينفذ فى حق الغير ليس من وقت شهر دعوى الفسخ فحسب ، بل من وقت تسجيل عقد البيع اذا كان مذكوراً فيه عدم دفع الثمن كله ، لأن ذكر ذلك فى العقـــد المسجل يكفى لاحاطة الغير علماً باحتمال تأخر المشترى فى دفع باقى الثمن واحتمال فسخ البيع تبعاً لذلك .

وفى بعض الأحوال التى كان فسخ البيع فيها يمكن أن ينفذ أثره فى حق الغير ، كان التقنين الملغى يحمى هؤلاء الغير ضد فسخ سند ملكية سلفهم بأن يسلب هذا السلف حقه فى فسخ البيع اذا كان القانون يتيح له سبيلا آخر لصيانة حقوقه ، من ذلك ما نصت عليه المادة ٢٩٨ / ٣٧٢ ، والمـادة ٣١١/٣٨٥ مدنى قديم من أنه فى حالة الاستحقاق الجزئى وفى حالة الهلاك الجزئى ، وهما حالتان يثبت فيهما للمشترى الخيار بين فسخ البيع وبين ابقائه مع نقص الثمن فى الحالة الأولى ودون نقص شىء من الثمن فى الحالة الثانية ، لا يجوز للمشترى أن يستعمل حقـه فى الفسخ اضراراً بحقوق الدائنين المرتهنين حسنى النية ، أى أنه اذا كان المشترى سبق له رهن المبيع ، لا يجوز له فى حالتى الاستحقاق الجزئى أو الهلاك الجزئى أن يختار الفسخ ويتعين عليه الاحتفاظ بالباقى من المبيع مع نقص الثمن أو دون نقصه لأن فى الفسخ اضراراً بالدائنين المرتهنين وليس فى ابقاء العقد كبير ضرر للمشترى .

غير أن هذين النصين كانا محل نقد ، وقد اقترح فى لجنة الحقانية بمجلس النواب عند وضع القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٣٣ الذى أدخل فى التقنين المدنى النصوص المقررة لحماية الدائنين المرتهنين على غرار النصوص التى كانت موجودة لذلك فى التقنين المختلط ، اقترح عندئذ أن يستبدل بهذا الحكم حكم آخر يترك للمشترى خيار الفسخ أو نقص الثمن ويكتفى فى حماية الدائن المرتهن بالنص على جعل الفسخ عند وقوعه غير نافذ فى حق الدائن المرتهن.

ولم يؤخذ بهذا الاقتراح فى ذلك الوقت ، ولكن أخذ به فى التقنين

المدنى الحالى ، حيث خلت المادتان ٤٣٨ و ٤٤٤ من النص على هذا الحد من حق المشترى فى اختيار الفسخ ، اكتفاء بالنص فى المادة ١٠٣٤ مدنى على أن « يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر ابطال سند ملكيته أو فسخه أو الغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، اذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه العقد »[1].

---

(١) راجع فى ذلك كتابنا فى التأمينات العينية ط٢ سنة ١٩٥٩ نبذة ٥٦ .

القسم الثاني

أحكام خاصة ببعض أنواع البيع



القسم الثانى

أحكام خاصة ببعض أنواع البيع

٢٧٤ — تمهيد - بعد دراسة أحكام البيع بوجه عام وعرض أركانه وآثاره ، ينبغى أن ندرس بعض أنواع البيع التى تنفرد بأحكام خاصة .

وقد جمع التقنين الحالى بعضاً من هذه الأنواع فى المواد ٤٦٥ ومابعدها ، وهى بيع الوفاء (المادة ٤٦٥) ، وبيع ملك الغير (المواد ٤٦٦ – ٤٦٨) ويلحق به بيع المال المملوك شيوعا ، ثم بيع الحقوق المتنازع عليها (المواد ٤٦٩ — ٤٧٢) ويدخل فيه منع رجال القضاء والمحامين من شراء هذه الحقوق وقد تقدمت دراسته(نبذة ١١٠ ومابعدها) ، وبيع التركات (المواد ٤٧٥—٤٧٦) ، والبيع فى مرض الموت (المادتان ٤٧٧ — ٤٧٨) ، وبيع النائب لنفسه(المواد ٤٧٩ — ٤٨١) وقد تقدمت دراسته (نبذة ٦٢ وما بعدها ونبذة١٤٦) .

وقد خصصنا هذا القسم لدراسة أنواع هذه البيوع التى لم نعرض لها فى القسم الأول ، وأفردنا فصلاخاصاً لكل من : (١) بيع الوفاء ، (٢) وبيع ملك الغير وبيع المال المملوك على الشيوع ، (٣) وبيع الحقوق المتنازع عليها ، (٤) وبيع التركات ، (٥) والبيع فى مرض الموت .

الفصل الأول

بيع الوفاء

٢٧٥ – **تعريف بيع الوفاء وتكييفه** – بيع الوفاء هو بيع يحتفظ فيه البائع بحقه فى أن يسترد المبيع خلال مدة معينة فى مقابل رد الثمن ومصروفات العقد ومصروفات الاسترداد والمصروفات التى يكون المشترى قد أنفقها على المبيع .

والتكييف القانونى لهذا العقد أنه بيع مع خيار العدول فى مدة معينة واعتبار العدول شرطاً فاسخاً . فاذا استعمل البائع حقه فى العدول ، تحقق الشرط الفاسخ وترتب على تحققه زوال كل أثر للعقد ووجوب رد المبيع الى البائع والثمن الى المشترى . واذا لم يستعمل البائع حقه فى استرداد المبيع خلال المدة المعينة ، تخلف الشرط الفاسخ وتأيد البيع نهائياً .

٢٧٦ – **تاريخ بيع الوفاء فى القانون المصرى وتحريم التقنين الحالى اياه** – كان التقنين المدنى الملغى ينظم أحكام هذا النوع من البيع فى المواد ٣٣٨ – ٣٤٧/٤٢١ – ٤٣٣ . وقد لوحظ عند وضع ذلك التقنين أن بيع الوفاء يصلح ستاراً لرهن يراد به أن يكون المرهون مملوكا للمرتهن بمجرد عدم وفاء الراهن بالدين ، فيؤدى بذلك الى التحايل على النص الذى حرم الاتفاق فى عقد الرهن على أن يصبح المرهون مملوكا للمرتهن بمجرد عدم وفاء الدين (المادة ٥٤٣/٦٦٥) . فنص فى المادتين ٣٣٨ و ٣٣٩ على تقسيم بيع الوفاء الى نوعين: نوع يكون الغرض منه الرهن الحيازى وآخر يكون الغرض منه حقيقة البيع الوفائى ، وعلى اجراء حكم الرهن فى النوع الأول وحكم بيع الوفاء فى النوع الثانى.

وقد حدا ذلك المرابين الى ايثار اخفاء الرهن تحت ستار بيع الوفاء لأن

سلوك هذا السبيل يوفر عليهم الاجراءات التى لابد منها فى التنفيذ بالرهن ويخولهم ملكية المرهون ويسمح لهم بتقاضى فوائد فاحشة، دون أن يعرضهم لأية خسارة اذا ما انكشفت حقيقة البيع وظهر أنه يخفى رهناً ، اذ تبقى لهم فى هذه الحالة مزايا الرهن[1].

لذلك تدخل المشرع بالقانون رقم ٤٩/٥٠ لسنة ١٩٢٣ ، فعدل المادة ٣٣٩/٤٢٢ بأن جعلها تنص على أنه « اذا كان الشرط الوفائى مقصوداً به اخفاء رهن عقارى ، فان العقد يعتبر باطلا لا أثر له سواء بصفته بيعاً أو رهناً . ويعتبر العقد مقصوداً به اخفاء رهن اذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد أو اذا بقيت العين المبيعة فى حيازة البائع بأى صفة من الصفات. ويجوز بكافة الطرق اثبات عكس ما فى العقد بدون التفات الى نصوصه[2] . »

وقد أنشأ فيها المشرع بذلك قرينة قانونية على أن المقصود بالبيع الوفائى اخفاء رهن حيازى فى حالتين هما حالة بقاء الحيازة بأى وجه فى يد البائع ، وحالة اشتراط المشترى رد الثمن مع الفوائد[3]. وظاهر من نص هذه المادة المعدلة ، وبخاصة من نصها الفرنسى . ان هذه القرينة قرينة قانونية أى أنها ملزمة للقاضى وتعفى البائع وفاء من عبء اثبات أن المقصود ببيع الوفاء اخفاء رهن ، وأنها قرينة قانونيـــة بسيطة يجوز اثبات عكسها

---

(١) أنظر فى ذلك ماجاء فى نقض مدنى ٢١ ديسمبر ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ — ١٣٨ — ٨١٥ وبخاصة أسبابه التى أوردناها فى هامش ص٥٩٦ .

(٢) ويقول النص الفرنسى للفقرة الثانية من هذه المادة ما يأتى حرفياً .

Le contrat sera présumé dissimuler un gage s'il est stipulé que le prix sera remboursable avec intérêts ou si la chose reste dans la possession du vendeur à un titre quelconque. Toute preuve contraire sera admise sans qu'il soit tenu compte des termes de la convention.

(٣) أنظر فى شأن هذه القرينة نقض مدنى ١٥ مارس ١٩٥٦ المحاماة ٣٧ — ٣٣ — ٤٣٣ — ٢٢٨ مجموعة أحكام النقض ٧ — ٣١٦ — ٤٧ .

بكافة الطرق[١] .

وبهذا التعديل أصبح المرابون يخشون ، اذا سلكوا فى رهن العقار رهناً حيازياً سبيل بيع الوفاء بدلا من سبيل الرهن السافر ، أن يفقدوا مزايا كل من الرهن وبيع الوفاء وأن لايثبت لهم الا حق شخصى قبل مدينيهم ، يجعلهم من الدائنين العاديين .

غير أن ذلك لم يثنهم عن المجازفة باخفاء الرهن تحت ستار بيع الوفاء اعتمادا منهم على شدة احتياطهم فى ستر الحقيقة واخفائها وفى تدبير وسائل اثبات عكس القرينة القانونية التى تضمنتها المادة ٣٣٩ معدلة. ولذلك رأت المحاكم التشديد عليهم فى هذا الشأن بأن اعتبرت القرينة القانونية التى نصت عليها المادة ٣٣٩ المعدلة كما تقدم قرينة قانونية قاطعة لايصح اثبات عكسها واستندت فى ذلك الى نص المادة ١٣٥٢ من القانون المدنى الفرنسى الذى لايجيز نقض القرينة القانونية اذا كان القانون يبطل على أساسها تصرفا معيناً ، والى أنه ليس فى القانون المدنى القديم نص كنص المادة ٤٠٤ مدنى جديد التى تجيز اثبات عكس القرينة القانونية ما لم يوجد نص يقضى

---

(١) واذا كانت عبارة النص العربية التى ورد فيها أنه « ويجوز بكافة الطرق اثبات عكس ما فى العقد بدون التفات الى نصوصه » يمكن أن تحمل على أن المقصود بها اثبات عكس المنصوص عليه فى العقد من وصفه بأنه بيع وفائى ، فان عبارة النص الفرنسى Toute preuve contraire (dela présomption établie partexte) sera admise sans qu'il soit tenu compte des termes de de la convention . تقطع فى الدلالة على أن المقصود بالنص اثبات عكس القرينة القانونية التى أنشأها على أساس وجود اشتراط رد الثمن مع الفوائد أو على أساس ثبوت بقاء العين المبيعة فى حيازة البائع.

وقد أخذت محكمة استئناف مصر بذلك فى حكمها الصادر فى ٣١ مايو ١٩٥٢ فى الاستئناف رقم ٦٤٠ سنة ٦٨ ق وفى حكمها الصادر فى ٣١ ديسمبر ١٩٥٥ فى الاستئناف رقم ٧٦ سنة ٧٢ ق. غير أن محكمة النقض نقضت هذين الحكمين بحكميها المذكورين فى الهامش التالى .

بغير ذلك[1] .

(١) أنظر نقض ١٥ مارس ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧–٢١٦–٤٧ وقد نقض حكم استئناف مصر ٣١ مايو ١٩٥٢ المشار اليه آنفا . وتتحصل وقائع الدعوى فى هــذا الحــكم فى أن الطاعنين أقاما على المطعون عليهما الدعوى طلبا فيها بطلان عقد البيع الوفائى الصادر منهما الى المطعون عليها الأولى وبطلان عقد البيع الرسمى الصادر من هذه الأخيرة الى المطعون عليه الثانى والمتضمن بيع العقار ذاته اليه وبطلان جميع الآثار المترتبة على البيعين، وأسسا دعواهما بالبطلان على أنهما احتفظا فى عقد البيع بحق الاسترداد وأن العقار لا يزال فى وضع يدهما ، وأن البطلان فى عقد البيع الثانى مترتب على بطلان العقد الأول الذى لم يخرج عن كونه عقد بيع وفائى يخفى رهنا مما يترتب عليه بطلان البيع كبيع أو رهن . وقضت المحــكمة الابتدائية باحالة الدعوى الى التحقيق حتى يثبت الطاعنان (وهما البائعان فى عقد البيع الوفائى) أن العقد ان هو الا عقد رهن فى صورة عقد بيع وفائى . وقد نفذ الحكم التمهيدى ثم قضت المحــكمة برفض الدعوى ، واستؤنف حكمها ، وقضى فى الاستئناف برفضه وتأييد الحــكم المستأنف .

وأمام محكمة النقض نعى الطاعنان على حكم الاستئناف مخالفته القانون والخطأ فى تطبيقه لأنه اذ قضى باحالة الدعوى الى التحقيق لاثبات أن عقد البيع يخفى رهنا رغم تمسكهما بقرائن قاطعة تثبت أن عقد البيع الوفائى يستر رهنا ومن تلك القرائن استمرار وضع يدهما على العين محل النزاع ، الا أن محكمتى الموضوع أخذتا بأن القرينة المستفادة من المادة ٣٣٩ مدنى قديم على أساس بقاء العين المبيعة فى حيازة البائع ليست قرينة قاطعة وانما تقبل اثبات العكس مع أن الرأى الصحيح أن تلك القرينة قاطعة .

وقبلت محكمة النقض هذا الطعن ونقضت الحــكم المطعون فيه وقالت فى ذلك : « ولما كان يبين من حكم محكمة أول درجة المؤيد لأسبابه بالحــكم المطعون فيه أن المحــكمة اعتبرت القرينة التى تضمنها المادة ٣٣٩ مدنى قديم وهى بقاء العين المبيعة فى حيازة البائع ليست قاطعة وانما تقبل اثبات العكس بكافة طرق الاثبات بما فيها البينة ، وكان الحــكم قد قرر ذلك وأحال الدعوى الى التحقيق ليثبت الطاعنان بكافة طرق الاثبات بما فيها البينة أن عقد البيع الصــادر منهما الى المدعى عليها الاولى هو فى الواقع عقد رهن تحرر فى صورة عقد بيع وفائى ، فانه يكون قد خالف القانون مخالفة تستوجب نقضه .

ويلاحظ على عبارات هذا الحــكم أنها يعوزها شىء من الدقة ، فهى أولا تعبر عن القرينة التى تضمنتها المادة ٣٣٩ مدنى قديم بأنها بقاء العين المبيعة فى حيازة البائع فى حين أن القرينة هى اعتبار أن العقد مقصود به اخفاء رهن بناء على بقاء العين فى حيازة البائع ، وثانيــا أنها توحى الى القارىء أن الخطأ قد وقع من الحــكم المطعون فيه فى اعتباره أن تلك القرينة ليست قاطعة وانما تقبل اثبات العكس بكافة الطرق ، فى حين أن هذا لا خطأ فيه بل هو مقرر بالنص الصريح فى نهاية المادة ٣٣٩ المشار اليها وبخاصة فى نصها الفرنسى ، وانمــا الخطأ فى اعتبار حكم النقض هذه القرينة قاطعة خلافا للنص ، ولم يقع الحــكم المطعون فيه فى هذا الخطأ ولــكنه أخطأ فى تــكليف البائعين اثبات أن حقيقة البيع رهن فى حين أن القانون قد أعفاهما

. . . . : . . . .

=من هذا الاثبات بحكم القرينة القانونية التي انشأها على أساس ثبوت بقاء العين فى يدها ، وكان الواجب تكليف المشترى وفاء أن يثبت عكس هذه القرينة أى أن البيع لم يقصد به اخفاء رهن. ومن أجل هذا جاء حكم النقض فى محله ولو أن الأسباب التى انتهى عليها يعوزها غير قليل من الدقة .

أنظر أيضا نقض مدنى ٢١ ديسمبر ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ — ٨١٥ — ١٣٨ وقد نقض حكم استئناف مصر ٣١ ديسمبر ١٩٥٥ الذى تقدمت الاشارة اليه .

وكان الطعن فى هذا الحكم الأخير مبنياً على أن الحكم برفضه بطلان البيع الوفائى قد خالف القانون فيما ذهب اليه من أن بقاء العين فى حيازة البائع وفاء لايعتبر قرينة قانونية قاطعة على بطلان البيع بمقولة ان المشرع لم يجعل هذا الأمر منصباً مباشرة على بطلان العقد وانما جعله منصباً على قصد اخفاء الرهن وأنه لهذا يكون من قبيل القرائن غير القاطعة بالنسبة الى اخفاء الرهن .

وقبلت محكمة النقض هذا الطعن وقالت فى شأنه أن هذا النعى صحيح ، ذلك أنه قبل صدور القانون ٤٩/١٩٢٣ لم يكن البيع الوفاء الذى يخفى رهنا باطلا بل كان كل مايهدد المشترى بعقد بيع وفائى هو أن يعتبر عقده فى هذه الحالة بمثابة عقد رهن تطبق عليه قواعد الرهن ، وبذلك ينتفع بكل ما للدائن المرتهن من حقوق . وقد شجع هذا الدائنين على اساءة استعمال عقد البيع الوفائى واتخاذه وسيلة لستر الرهون بقصد الاحتيال على التخلص من القيود التى وضعها القانون لحماية المدينين الراهنين ، وأهمها منع المرتهن فى حالة عدم الوفاء من تملك العين المرهونة بغير الالتجاء الى القضاء ، مما حدا بالمشرع على ماصرح فى المذكرة الايضاحية للقانون المذكور التدخل للقضاء على هذه الحيل ووضع نظام رادع لمنع استعمال البيع الوفائى الذى ينطوى على الرهن ، فاصدر هذا القانون (رقم ٤٩/١٩٢٣) معدلا للمادتين ٣٣٨ و ٣٣٩ مدنى وأصبح نص المادة الأخيرة كالآتى : « اذا كان الشرط الوفائى مقصوداً به اخفاء رهن عقارى فان العقد يعتبر باطلا لا أثر له سواء بصفته بيعا أو رهنا . ويعتبر العقد مقصودا به اخفاء رهن اذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد أو اذا بقيت العين المبيعة فى حيازة البائع بأى صفة من الصفات » . ومؤدى ذلك أن المشرع وقد كان هدفه القضاء على البيوع الوفائية التى تخفى رهونا وسد السبيل على ضروب التحايل للخروج على نواهى القانون قد أورد هاتين القرينتين كقرينتين قانونيتين قاطعتين بحيث اذا توافرت احداها كان ذلك قاطعاً فى الدلالة على أن القصد من العقد هو اخفاء رهن ومانعا من اثبات العكس . وعلة تقرير هاتين القرينتين بالذات هو أن بقاء العين فى حيازة البائع واشتراط رد الثمن مع الفوائد مما يتنافض مع خصائص عقد البيع الوفائى الجدى . يؤيد هذا النظر الذى سبق لهذه المحكمة أن قررته فى حكمها الصادر فى الطعن رقم ٣٠٢ سنة ٢٣ ق إتجاه المشرع الى الغاء البيع الوفائى نهائيا فى القانون المدنى الجديد اكتفاء بالنصوص الخاصة بالرهون . ولم يكن التقنين المدنى القديم يتضمن نصا كنص المادة ٤٠٤ مدنى جديد الذى يجيز نقض القرينة القانونية بالدليل العكسى مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك.=

وفى أثناء تنقيح القانون المدنى غلبت أول الأمر فكرة الابقاء على بيع الوفاء والاكتفاء بالضرب على أيدى المرابين من طريق ابطال عقودهم اذا ظهر أنها تخفى رهناً ، غير أنه بعد أن قطع المشروع مراحله الأولى ووصل الى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ غلبت فكرة محاربة البيع الوفائى ، بل القضاء عليه من طريق تحريمه وتقرير بطلانه فى جميع الأحوال أى سواء كان محله عقاراً أو منقولا ، وسواء ثبت أنه يستر رهناً أو لم يثبت ذلك . وأدى ذلك الى النص فى المادة ٤٦٥ من التقنين المدنى الحالى على أنه « اذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلا » .

وقد جاء فى تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فى هذا الشأن « أن اللجنة رأت بالاجماع أن هذا النوع من البيع لم يعد يستجيب لحاجة جدية فى التعامل، وانما هو وسيلة ملتوية من وسائل الضمان تبدأ ستاراً لرهن وينتهى الرهن الى تجريد البائع من ملكه بثمن بخس . والواقع أن من يعمد الى بيع الوفاء لا يحصل على ثمن يتناسب مع قيمة المبيع ، بل يحصل عادة على ما يحتاج اليه من مال ولو كان أقل بكثير من هذه القيمة ، ويعتمد غالباً على احتمال وفائه بما قبض قبل انقضاء أجل الاسترداد ، ولكنه قل أن يحسن التقدير . فاذا أخلف المستقبل ظنه وعجز عن تدبير الثمن خلال هذا الأجل ضاع عليه المبيع دون أن يحصل على ما يتعادل مع قيمته وتحمل غبناً ينبغى أن يدرأه القانون عنه. ولذلك استقر الرأى على أن تحذف النصوص الخاصة

= وكان الرأى قبل صدور هذه المادة متجها الى الأخذ بما هو مقرر فى فرنسا بنص صريح فى المادة ١٣٥٢ مدنى فرنسى من عدم جواز اثبات ما ينقض القرينة القانونية اذا كان القانون يبطل على أساسها تصرفا معينا . ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه اعتبر قرينة بقاء العين المبيعة فى حيازة الطاعن وهو البائع ليست قاطعة ودلل على عكسها وانتهى رغم قيام هذه القرينة الى اعتبار العقد بيعا وفائيا صحيحا ، فانه يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه فى هذا الخصوص .

وفى هذا المعنى أيضاً نقض مدنى ٣ يناير ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ — ٧٥ — ٥ ، ٣ ديسمبر ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ — ١٠٩١ — ١٦١ .

ببيع الوفاء وأن يستعاض عنها بنص عام يحرم هذا البيع فى أية صورة من الصور. وبهذا لا يكون أمام الدائن والمدين الا الالتجاء الى الرهن الحيازى وغيره من وسائل الضمان التى نظمها القانون وأحاطها بما يكفل حقوق كل منهما دون أن يتسع المجال لغبن قلما يؤمن جانبه ».

وبناء على ذلك فانه طبقاً للتقنين الحالى متى ثبت أن البيع بيع وفائى ، أى أن البائع قد احتفظ فيه بحقه فى أن يسترد المبيع خلال مدة معينة فى مقابل رد الثمن والمصروفات بأنواعها المختلفة ، فانه يكون باطلا ولا يترتب عليه أى أثر ، ويتعين رد كل ماتم تنفيذه بموجبه فيعاد المبيع الى البائع ويرد الثمن الى المشترى.

وقد جرى قضاء محكمة النقض بأنه لا يشترط لاعتبار البيع وفائياً أن يثبت شرط استرداد المبيع فى عقد البيع ذاته بل يجوز وروده فى ورقة مستقلة[1].

٢٧٧ — استمرار العمل بأحكام التقنين الملغى على عقود بيع الوفاء المعقودة قبل العمل بالتقنين الحالى — على أن نص المادة ٤٦٥ مدنى الحالى القاضى ببطلان بيع الوفاء لايسرى الا على العقود التى تبرم من وقت العمل بالتقنين الحالى ، أى من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ . أما العقود التى أبرمت قبل ذلك التاريخ فيستمر بالنسبة اليها العمل بأحكام التقنين الملغى ، أى أن هذه العقود تظل صحيحة ويجوز للبائعين بموجبها أن يستعملوا حقهم فى استرداد المبيع وفاء حتى بعد صدور التقنين الحالى على أن يكون ذلك فى المواعيد المتفق عليها فى عقودهم وفى حدود المدة التى كان يسمح التقنين الملغى بالاتفاق على استعمال حق الاسترداد خلالها (وهى خمس سنوات وفقاً للتقنين الأهلى) . ويترتب على استعمالهم هذا الحق أو على عدم استعمالهم اياه فى الميعاد المحدد لذلك الآثار التى نص عليها التقنين الملغى.

---

(١) نقض مدنى ٣ ديسمبر ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ — ١٠٩١ — ١٦١ ، وأيضا نقض ٢٢ نوفبر ١٩٥١ التشريع والقضاء ٥ مدنى ١٥٤ — ٨٥ ، انظر ماسبجى فى نبذة ٢٧٨ .

وبناء على ذلك لم يمتنع استعمال بعض البائعين وفاء حقهم فى استرداد المبيع الا ابتداء من يوم ١٥ أكتوبر ١٩٥٤ . ومتى استعملوا حقهم فى ذلك قبل هذا التاريخ خضعت آثار عقودهم المذكورة وآثار استعمالهم حق الاسترداد لأحكام التقنين الملغى الخاصة بذلك وهى التى ستطبق فى كل نزاع يثور بشأن ذلك مهما انقضى من وقت على صدور التقنين الحالى .

ومن ثم يبين أنه بالرغم من نص التقنين الحالى على تحريم بيع الوفاء وعلى تقرير بطلانه ، فان أحكام التقنين الملغى الخاصة ببيع الوفاء سيستمر العمل بها زمناً طويلا فيما يتعلق بالعقود المبرمة قبل ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ ، يدل على ذلك ما أشرنا اليه فيما تقدم من أحكام حديثة جداً .

لذلك يتعين علينا دراسة أحكام بيع الوفاء وفقاً للتقنين الملغى بالرغم من نص التقنين الحالى على بطلان هذا النوع من البيع .

٢٧٨ — **أحكام بيع الوفاء فى التقنين الملغى** — كان تنظيم التقنين الملغى لبيع الوفاء يتناول بوجه خاص المسائل الآتية :

(١) الشرط الوفائى ، أو شرط استرداد المبيع ، (٢) مدة الحق فى الاسترداد . (٣) كيفية استعمال الحق فى الاسترداد ، (٤) آثار بيع الوفاء قبل انقضاء مدة الحق فى الاسترداد وبعدها فى حالتى استعمال هذا الحق وعدم استعماله .

٢٧٩ — (١) **الشرط الوفائى** — لا يعتبر البيع بيعاً وفائياً الا اذا اقترن من وقت انعقاده بالشرط الوفائى ، أى بالاتفاق على أن يكون للبائع حق استرداد المبيع فى مقابل رد ثمنه فى خلال مدة معينة . وذلك لأن بيع الوفاء بيع مقترن بشرط فاسخ ، ولأن البيع اذا لم يقترن عند انعقاده بالشرط الوفائى فانه ينعقد غير موصوف ولا يكون ثمة سبيل الى تحويله

الى عقد موصوف باضافة الشرط الوفائى اليه بعد انعقاده[١].

والمقصود بهذا الاقتران المعاصرة الذهنية فى الاتفاق على البيع والشرط معاً ، ولو لم يثبت الشرط فى المحرر المثبت لعقد البيع ذاته ، اذ يكفى اثباته فى ورقة مستقلة[٢] ولو كانت ذات تاريخ لاحق للورقة المثبتة للبيع طالما أنه يكون ثابتاً ان الاتفاق على البيع قد انعقد منذ البدء مقترنا بهذا الشرط[٣].

فاذا لم تتوافر هذه المعاصرة الذهنية ، بأن أضيف الاتفاق على الشرط الوفائى الى العقد بعد انعقاده ، فانه يعتبر بمثابة وعـــد بالبيع

---

(١) قارن عكس ذلك نقض مدنى ٢٢ نوفبر سنة ١٩٥١ التشريع والقضاء ٥ مدنى ١٠٤ — ٨٥ وقد جاء فيه أنه « ليس صحيحاً القول بأن شرط استرداد العين المبيعة يجب أن يثبت بعقد البيع نفسه والا اعتبر وعداً بالبيع ، فان المادة ٣٣٩ مدنى قديم تجيز للبائع أن يثبت بكافة الطرق ومنها البينة والقرائن أن العقد لم يكن بيعا باتا وانما هو على خلاف نصوصه يستر رهنا حيازياً . ومن ثم فلا تثريب على المحكمة اذا هى اعتبرت تلك البقايا من الورقة المشار اليها فيما سلف (هى ورقة ضد البيع البات منصوص فيها على شرط الاسترداد ووجدت ممزقة ثم جمعت قصاصاتها ولصقت بعضها الى بعض فاعتبرتها المحكمة مبدأ ثبوت بالكتابة فيما يتعلق بالشرط المذكور) مبدأ ثبوت بالكتابة واستخلصت من شهادة الشهود والقرائن ما يثبت أن العقد وان كتب فى صورة عقد بيع بات هو فى حقيقته يخفى رهنا » .

ولكن يلاحظ أن هذا الحكم قد خلط بين معاصرة شرط الاسترداد لعقد البيع أى معاصرة توافق الارادتين على الاسترداد وتوافقهما على البيع وبين وجود الدليل على الاتفاقين معا فى درجة واحدة أو فى ورقتين منفصلتين . ونحن لا نستلزم اشتمال المحرر المثبت للبيع على شرط الاسترداد وانما نستلزم أن يكون الاتفاق قد تم من أول الأمر على البيع والاسترداد ولو أثبت البيع فى محرر وشرط الاسترداد فى آخر مادام ثابتاً أن الاتفاق قد تم على الأمرين معا فى وقت واحد .

ونعتقد أن حكم المحكمة كان يتغير لو لم يكن شرط الاسترداد وارداً فى ورقة ضـــد محررة فى نفس تاريخ العقد بل مضافا الى نفس البيع فى تاريخ لاحق على تاريخ العقد الأصلى .

(٢) فى هذا المعنى نقض مدنى ٣ ديسمبر ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ — ١٠٩١ — ١٦١ ، وأنظر أيضا نقض مدنى ٢٢ نوفبر ١٩٥١ التشريع والقضاء ٥ مدنى ١٠٤ — ٨٥ .

(٣) نقض مدنى ٢٢ نوفبر ١٩٥١ المشار اليه آنفاً ، وأيضاً نقض مدنى ١٥ ديسمبر ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ — ١٠٢ — ٣٠ ، وأيضاً ٨ يناير ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ — ٣١٨ — ٤٥ ، ٩ ديسمبر ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ — ٢٦٣ — ٣٤ ، استئناف مصر ٣ يناير ١٩٢٥ المجموعة ٣٦ رقم ١١٧ .

صادر من المشترى الأول الى البائع الأول ، أو بمثابة بيع صادر من ذلك المشترى الى ذلك البائع تحت شرط واقف . وقد غلبت المادة ٤٢٥ مدنى مختلط هذا التكييف الأخير ، اذ افترضت انصراف نية الطرفين اليه ورتبت على ذلك أن استعمال البائع حقه فى استرداد المبيع فى هذه الحالة لا تستند آثاره الى وقت انعقاد البيع الأصلى ، ولا الى وقت استعمال الحق فى الاسترداد ، بل الى وقت اضافة الشرط الوفائى الى ذلك العقد ، فقد نصت على أنه « اذا لم يشترط حق الاسترداد فى نفس عقد البيع ، فمن صار له ذلك الحق فيما بعد لا يعتبر مالكا بالثانى الا من اليوم الذى حصل فيه شرط الاسترداد » .

ولأن التقنين الأهلى لم يتضمن نصاً مماثلا لنص المادة ٤٢٥ مختلط ، ولأن هذا النص انبنى على قرينة قانونية هى قرينة انصراف نية الطرفين وقت اضافة الشرط الوفائى الى اعتبار ذلك الشرط بمثابة بيع ثان معلق على شرط واقف ، اعتبرت المحاكم الأهلية غير مقيدة به وترك لها أن تستنبط من الظروف حقيقة نية العاقدين فى اعتبار الشرط الوفائى اللاحق للعقد الأصلى بمثابة بيع ثان معلق على شرط واقف فيستند أثر الاسترداد حينئذ الى وقت الاتفاق على الشرط الوفائى ، أو بمثابة وعد ببيع ثان فلا يكون حينئذ للاسترداد أثر الا من وقت حدوثه باعتبار طلب الاسترداد قبولا للشراء يترتب عليه تحويل الوعد بالبيع الى بيع .

ويلاحظ أنه متى كان البيع بيع وفاء ، فان استرداد البائع المبيع اذا كان عقاراً لا يحتاج الى تسجيل عقد جديد بل يكفى فيه مجرد طلب البائع الاسترداد فى الميعاد وثبوت ذلك بورقة رسمية والتأشير به فى هامش تسجيل عقد بيع الوفاء ، ولا تحصل رسوم نسبية على هذا التأشير بل بالعكس من ذلك يجوز للبائع أن يسترد نصف الرسوم النسبية التى دفعت عند تسجيل العقد . أما اذا اتفق على شرط الاسترداد بعد انعقاد البيع باتاً فلا بد عند

الاسترداد من تسجيل جديد تحصل عليه رسوم نسبية كاملة غير رسوم العقد الأول . ويستوى فى ذلك أن يكون الاتفاق على شرط الاسترداد قد اعتبر وعداً بالبيع أو بيعاً معلقاً على شرط واقف .

٢٨٠ — (٢) مدة الحق فى الاسترداد — يتوقف مصير العقد على انقضاء مدة الحق فى الاسترداد ، فاذا استعمل هذا الحق انفسخ العقد، والا فانه يتأيد نهائياً . لذلك رأى المشرع ضرورة وضع حد لهذه المدة حتى لا يطول تعليق مصير العقد كثيراً ، لأن فى طول تعليقه اضراراً بالمشترى وفاء وبخلفائه ، فنص فى المادة ٣٤١ مدنى أهلى على أن لا يجوز للبائع أن يشترط لاسترداد المبيع ميعاداً يزيد على خمس سنين من تاريخ البيع ، وكل ميعاد أزيد عن ذلك يصير تنزيله الى خمس سنين ، ونص فى المادة ٤٢٦ مختلط على أن لا يزيد هذا الميعاد على سنتين اثنتين .

وتعتبر المدة التى نصت عليها هاتان المادتان حداً أقصى يجوز الاتفاق على أقل منه ، ولكن لا يجوز الاتفاق على مدة أطول . فاذا اتفق الطرفان على مدة أطول أو سكتا عن تعيين مدة الاسترداد أصلا ، كان للبائع أن يستعمل هذه الرخصة فى حدود المدة القصوى التى نص عليها القانون أى خمس سنوات فى الأهلى وسنتين فى المختلط .

ويبدأ سريان مدة الاسترداد من وقت عقد البيع[١] ولو كان تسليم المبيع أو دفع الثمن مؤجلين ، وتحسب المدة بالتقويم الهجرى بحسب المتبع فى التقنين الملغى[٢]، وتعتبر مدة سقوط لا مدة تقادم . ولذلك تسرى هذه المدة ولو كان البائع ناقص الأهلية[٣]. ولا يجوز مدها بحكم المحكمة ، وقد نصت

(١) ولا يحسب يوم البيع ذاته ، فيبدأ سريان مدة الاسترداد من اليوم التالى للبيع . ويجب أن يحصل الاسترداد قبل انتهاء اليوم الأخير من المدة .

(٢) السنهورى فى الوسيط جـ٤ نبذة ٨٣ ص ١٥٧ .

(٣) السنهورى فى الموضع السابق ، أنور سلطان نبذة ٣١٩ .

المادة ٤٢٧/٣٣٢ على أن الميعاد المذكور محتم بحيث يترتب على تجاوزه سقوط حق الاسترداد ولا يجوز للمحكمة أن تحكم بعدم سقوط الحق المذكور فى أى حال من الأحوال ولو فى حالة القوة القاهرة .

ويترتب على ذلك أنه بمجرد انقضاء هذه المدة ينقضى حق البائع فى الاسترداد ، ويثبت تخلف الشرط الفاسخ ، فيتأيد البيع نهائياً ويعتبر كأنه صدر باتا من أول الأمر ويفيد من ذلك المشترى وخلفاؤه . وتقابل ذلك زوال ملكية البائع التى كانت معلقة على شرط واقف زوالا يستند الى تاريخ البيع ، فيعتبر البائع كأنه قد تجرد من ملكية المبيع تجرداً باتا منذ البيع .

وقد جرى البحث فيما يترتب على الاتفاق على اطالة مدة الاسترداد قبل انقضائها . فاذا فرضنا أن المدة الأصلية سنة واحدة ثم اتفق العاقدان قبل انقضاء هذه السنة على مد المدة سنة أخرى ثم استعمل البائع حقه فى الاسترداد قبل نهاية السنة الثانية ، فماذا يكون أثر ذلك على حق المشترى وعلى الحقوق التى رتبها هذا للغير فى خلال السنة الأولى .

وقد قضت محكمة النقض فى ذلك بصحة الاتفاق على اطالة مدة الاسترداد وبامتداد حق البائع فى استرداد المبيع ، اذ قررت فى حكمها فى ٤ نوفمبر ١٩٤٨ « أن المادة ٣٤٢ وان منعت المحاكم من مد الأجل المحدد للاسترداد ، فانها لم تحل دون اتفاق المشترى على التنازل عن حقه المقرر له بالمادة المذكورة كلياً بالتنازل عن صيرورة البيع باتا نهائياً ، أو جزئياً بمد الأجل المحدد للاسترداد. والاتفاق على ذلك جائز قبل فوات الأجل المحدد أولا للاسترداد كما هو جائز بعد فواته دون أن يؤثر ذلك على طبيعة العقد وكونه قصد به أن يكون عقد بيع وفائى [1] » .

غير أن هذا الحكم محل نظر [2] ، اذ يمكن القول من جهة أخرى أن طلب

(١) نقض مدنى ٤ نوفمبر ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ٥-٦٥٥-٣٣٣

(٢) أنظر فى تأييدنا فى نقد هذا الحكم ، السنهورى فى الوسيط ج ٤ ص ١٥٩ هامش ١ ، وهو يتوسط بين رأينا والرأى الذى ذهب اليه الحكم المشار اليه ، فيجيز الاتفاق=

البائع مد المدة يعتبر اقراراً من جانبه بعجزه عن استعمال حقه فى الاسترداد فى المدة المتفق عليها ، وأن هذا الاقرار يعدل النزول عن حق الاسترداد ويترتب عليه صيرورة البيع نهائياً وتأييد حق المشترى والحقوق التى رتبها للغير فى الفترة ما بين ابرام العقد والاقرار بالعجز عن الاسترداد ، وأنه متى صار العقد نهائياً فلا يجوز الاتفاق على اطالة مدة الاسترداد ، لأن قبول المشترى اطالة هذه المدة ورضاه باقالة البائع من نتائج اقراره بالعجز عن الاسترداد خلال المدة الأصلية لا يمكن أن يحيلا العقد الذى صار نهائياً الى عقد موصوف من جديد ، كما تقدم أن الاتفاق على الشرط الوفائى بعد ابرام العقد باتا لا يجعل من العقد بيع وفاء ، وغاية الأمر أن هذا الاتفاق يمكن اعتباره بمثابة بيع ثانى معلق على شرط واقف أو بمثابة وعد ببيع ثان صادر من المشترى الأول الى البائع الأول .

وقد غلبت المادة ٤٢٨ مختلط التكييف الأول على الثانى أى أنها غلبت اعتبار الاتفاق على المد بمثابة بيع ثان معلق على شرط واقف إذ نصت على أن « تطويل الميعاد المتفق عليه يقوم مقام بيع من المشترى البائع الأصلى معلق على شرط اذ يعتبر المشترى المذكور مالكا للمبيع ملكا تاماً من يوم البيع الأول لى يوم تطويل الميعاد » . غير أن هذا النص شأنه شأن نص المادة ٤٢٥ مختلط من حيث اعتباره مبنياً على قرينة قانونية لا يجوز الأخذ بها دون نص . ولأنه لم يرد له مقابل فى التقنين الأهلى ، اعتبرت المحاكم الأهلية أن لها سلطة مطلقة فى استنباط نية العاقدين من الظروف وتكييف الاتفاق على اطالة مدة الاسترداد تبعاً لذلك بأنه ينطوى على بيع ثان معلق على شرط واقف أو بأنه وعد ببيع صادر من المشترى وفاء الى البائع وفاء .

= على المد اذا تم قبل انقضاء مدة الاسترداد المتفق عليها أصلا ، ولا يجيزه اذا تم بعد ذلك ، بمعنى أنه فى الحالة الأولى يعتبر وصف البيع الوفائى ممتداً للمدة الجديدة دون اخلال بحقوق الغير التى رتبها لهم المشترى فى مدة الاسترداد الأصلية والتى اعتمدوا فيها على صيرورة حق المشترى حقاً باتا بمجرد انقضاء تلك المدة الأصلية ، وأنه فى الحالة الثانية يعتبر الاتفاق على اطالة المدة بمثابة بيع ثان من المشترى وفاء الى البائع معلق على شرط واقف أو بمثابة وعد ببيع ثان .

٢٨١ — (٣) استعمال الحق فى الاسترداد : (أ) من يجوز له الاسترداد — يكون الاسترداد حقا للبائع ، ويجوز له حوالته، وينتقل منه الى ورثته، بل يجوز لدائنيه[١] أن يباشروه نيابة عنه من طريق الدعوى غير المباشرة .

فيجوز للبائع حوالة رخصة الاسترداد الى غيره ، ليتمكن بذلك من الحصول على جزء من الفرق بين الثمن الذى باع به وقيمة المبيع وقت استعمال رخصة الاسترداد ان وجدت زيادة فى القيمة . ويترتب على الحوالة انتقال جميع حقوق البائع الى المحال اليه .

واذا توفى البائع انتقل حقه فى الاسترداد الى ورثته كل منهم بقدر نصيبه فى الارث دون اخلال بحق المشترى فى عدم تجزئة الصفقة عليه . ويجوز أن ينوب أيهم عنهم جميعاً فى طلب الاسترداد[٢] .

واذا أراد دائنو البائع استعمال حقه فى الاسترداد ، وجب أن يثبتوا أن أمواله الأخرى لاتفى بديونهم، وذهب بعض الشراح عندنا الى أن المشترى يجوز له فى هذه الحالة أن يدفع دعوى الدائنين بطلب تجريد البائع من أمواله الأخرى أولا حتى يثبتوا أن مصلحتهم لا تتحقق بغير استعمال حق مدينهم فى الاسترداد[٣] .

---

(١) يراجع نقض ٢ ديسمبر ١٩٥٤ المحاماة ٣٦—١—١ مجموعة أحكام النقض ٦ — ١٩٩ — ٢٦ وقد جاء فيه أنه «اكان حق استرداد العين المبيعة وفائيا مخولا أصلا للبائع ولورثته ، فانه يجوز استعماله لمن يقوم مقام الورثة — وهو الدائن لهم والملتزمون قبله بنقل ملكية العين محل الاسترداد اليه . واذن فمتى كان ورثة البائع وفائيا قد باعوا العين الى شخص ورفعوا الدعوى بطلب استرداد هذه العين من المشترى وفائيا ثم تنازل بعض الورثة عن طلب الاسترداد محتفظين بحقهم فى الثمن المودع ، فان الحكم اذ قبل تدخل المشترى من الورثة منضما الى باقى المدعين فى طلب الاسترداد لايكون قد خالف القانون .

(٢) الهلالى وحامد زكى نبذة ٤٨٨ ، بلانيول وريبير وهامل ج ١٠ نبذة ١٩٤ .

(٣) نقض مدنى ٢ ديسمبر ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ — ١٩٩ — ٢٦ المحاماة ٣٦ — ١ — ١ وقد جاء فيه أنه اذا اتخذ أحد الورثة اجراء لمصلحة التركة يحتفظ به حق باقى =

٢٨٢ – (ب) من يطلب منه الاسترداد – ويستعمل الحق فى استرداد المبيع ضد المشترى شخصياً أو ضد ورثته أو خلفائه. وقد نصت المادة ٤٢٩/٣٤٣ على أنه « يجوز للبائع بيع وفاء أن يطلب الاسترداد ممن انتقل اليه المبيع ولو لم يشترط الاسترداد فى العقد » . ويرجع ذلك الى أن خلف المشترى لا يثبت له من الحقوق على المبيع أكثر مما كان للمشترى نفسه والى أن هؤلاء الخلف يفرض فيهم العلم بحق البائع فى الاسترداد لأن فى وسعهم العلم به من الاطلاع على سند ملكية المشترى .

غير أن هذا الافتراض لا محل له اذا كان المبيع منقولا ، اذ يجوز لخلف المشترى أن يتمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ويفرض فيه حسن نيته أى جهله بشرط الاسترداد الى أن يثبت البائع الأصلى علم هذا الخلف بالشرط المذكور ، فيصبح له الحق فى ان يسترد المبيع من الخلف كما كان يجوز له أن يسترده من المشترى وفاء(١) .

ويجوز للبائع استرداد المبيع من الخلف الأخير عند توالى انتقال الملكية مرات متعددة ، ويكون استعمال حق الاسترداد فى هذه الحالة وفقاً لشروطه المقررة فى العقد الأصلى الذى أنشأه ، سواء من حيث مدة الاسترداد أو من حيث الثمن الذى يجب رده فى مقابل استرداد المبيع . فاذا كان الخلف قد اشترى بثمن أعلى من الثمن الذى باع به صاحب الحق فى الاسترداد فانه لا يكون له أن يطالب ذلك البائع الا بالثمن الذى قبضه هذا من المشترى الأول . واذا

____

= الشركاء فيها من السقوط ، فهو يقوم فى هذا الشأن مقامهم ويعتبر فى اتخاذ هذا الاجراء نائباً عنهم . واذن فمتى كان الثابت من الحكم أن عرض ثمن المبيع وفائيا والملحقات على المشترى وان كان موجها من أحد الورثة الا أنه قد نص فى محضر الايداع الذى تم قبل انقضاء المدة المحددة للاسترداد على أن المبلغ السابق عرضه هو من مال الورثة جميعا وأن الوارث الذى قام بالعرض قد باشره نيابة عنهم وكان المبلغ المودع يفى بما يجب أداؤه من الثمن ورسم التسجيل. فان اجراءات استرداد العين المبيعة وفائيا تكون قد تمت صحيحة من جميع الورثة ويكون الحكم اذ قضى بصحة هذه الاجراءات قد أقام قضاءه على أساس يكفى لحمله .

(١) في هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ٤ نبذة ٨٢ ص ١٥٦ .

كان الخلف قد اشترى بثمن أقل من الثمن الأول ربح الفرق بين الثمنين[1].

٢٨٣ — (م) حق المشترى فى عدم تجزئة الصفقة عليه — قررت المادة ٣٤٦/٤٣٢ حق المشترى فى عدم تجزئة الصفقة عليه. وبناء على ذلك اذا أراد البائع استعمال حقه فى الاسترداد وجب عليه أن يسترد المبيع كله « سواء كان المبيع ملكا كاملا أو مشاعا أو مقسوما الى حصص »، وليس له أن يسترد جزءاً من المبيع وأن يترك للمشترى الجزء الآخر مالم يقبل المشترى ذلك لأن عدم التجزئة مقرر لمصلحته اذ المفروض أن تجزئة الصفقة عليه تضر به . ويعتبر عدم اعتراض المشترى على طلب البائع استرداد جزء من المبيع قبولا منه للتجزئة .

وينطبق ذلك فى حالة تعدد البائعين بعقد واحد وبثمن واحد أو تعدد ورثة البائع الواحد. فاذا طلب أحد البائعين المتعددين أو أحد ورثة البائع أن يسترد من المبيع بقدر نصيبه ، جاز للمشترى مطالبة المسترد بادخال البائعين أو الورثة الآخرين فى الدعوى ليتفقوا فيما بينهم على استرداد المبيع كله ، فان اتفقوا جاز لهم أو لأيهم استرداد الكل ، والا رفض طلب الاسترداد الوارد على بعض المبيع . واذا لم يستعمل المشترى حقه فى طلب اتفاق البائعين جميعاً على استرداد المبيع كله ، اعتبر موافقا على تجزئة الصفقة .

أما اذا تعدد المشترون أو ورثة المشترى الواحد، فليس لأحدهم أن يعترض على البائع اذا هو طلب استرداد حصة ذلك المشترى أو الوارث دون حصص الآخرين ، لأنه بالنسبة الى ذلك المشترى أو الوارث يكون الاسترداد وارداً على كل ما خصه ولا تكون ثمة تجزئة للصفقة فيما يتعلق به[2]. غير أنه

---

(١) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ٤ نبذة ٨٢ ص ١٥٥ .

(٢) أنظر نقض مدنى ٨ فبراير ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية ٤ — ٥٥٧ — ٢٠٤

اذا كان هذا المشترى أو الوارث قد اضطر - بعد شرائه حصة شائعة فى مال معين وبعد رفع شركائه فى هذا المال دعوى القسمة - الى شراء بقية الحصص، جاز له أن يتمسك بحقه فى عدم تجزئة الصفقة عليه وأن يطالب البائع باسترداد المال كله أو تركه كله[1] (المادة ٣٤٧/٤٣٣).

٢٨٤ — (د) *كيفية استعمال الحق فى الاسترداد* - يكون استعمال البائع حقه فى الاسترداد باعلان يوجهه الى المشترى قبل انقضاء المدة المعينة لذلك يخطره فيه برغبته فى استرداد المبيع ويعرض عليه به الثمن المتفق عليه ونفقات البيع والاسترداد وما قد يكون مستحقاً للمشترى من مصروفات أخرى (المادة ٣٤٤/٤٣٠).

ولا يتعين أن يكون الثمن الذى يعرضه البائع هو الذى تم به البيع بل يجوز أن يكون الطرفان قد اتفقا على ثمن للاسترداد غير ثمن البيع. والراجح أن هذا الاتفاق يقع صحيحاً ويعمل به ، والغالب عملا أن يكون ثمن الاسترداد أزيد من ثمن البيع.

أما نفقات العقد فيلزم بها البائع لأنه يترتب على طلب الاسترداد فسخ البيع بأثر رجعى واخراج المشترى من الصفقة دون أن يعود عليه أى نفع منها ، فلامحل لأن يتحمل نفقات عقد زال كل أثر له بناء على طلب البائع . ويلزم هذا بنفقات استرداد المبيع أيضاً لأن الاسترداد مفروض فيه أنه لمصلحته .

أما المصروفات التى أنفقها المشترى على المبيع ، فيلزم البائع بأن يردمنها كل المصروفات الضرورية ولا يلزم برد شىء من المصروفات الكمالية لأن المفروض فيها أنها لا تعود على المبيع بزيادة فى القيمة ، ولا يلزم بمصروفات الصيانة

---

(١) أنظر السنهورى فى الوسيط ج٤ بند ٨٢ ص ١٥٧ .

لأن هذه المصروفات تعتبر من تكاليف الانتفاع بالمبيع أو تكاليف ما ينتجه من ثمار، ولأن المشترى يحتفظ عند رد المبيع الى البائع بما حصله من منفعة أو من ثمار ، فمن العدل أن يتحمل تكاليفها بما فى ذلك مصروفات الصيانة . أما المصروفات النافعة ، فيرد منها البائع الى المشترى بقدر ما نشأ عنها من زيادة فى قيمة المبيع . على أنه اذا أسرف المشترى فى انشاء التحسينات وأنفق مما يعتبر مصروفات نافعة مبالغ كبيرة تعتبر عبئاً ثقيلا يبهظ البائع اذا ما اختار استرداد المبيع ، فلا يلزم البائع برد هذه المصروفات ويكون له الحق فى طلب رد المبيع بالحالة التى كان عليها قبل انفاق هذه المصروفات فى تحسينه .

وقد ثار الخلاف حول الواقعة التى تعتبر شرطا فاسخا يترتب على تحققه فى المدة المعينة وجوب رد المبيع الى البائع ، أهى مجرد اظهار البائع رغبته فى الاسترداد ، أم قيامه برد الثمن وملحقاته فعلا الى المشترى أو على الأقل قيامه بعرض الثمن عرضا حقيقيا ؟

والرأى الذى رجح فى هذا الشأن أن المادة ٣٤٤/٤٣٠ لا تشترط فى فسخ بيع الوفاء قيام البائع برد هذه المبالغ فعلا ، ولا حتى قيامه بعرضها عرضا حقيقيا ، بل تكتفى منه باعلان رغبته فى الاسترداد الى المشترى مع ابداء استعداده لدفع المبالغ المذكورة . فاذا تم هذا الاعلان فى المدة المعينة لاستعمال حق الاسترداد ، كان ذلك كافيا لفسخ البيع ولو لم يتم وفاء المبالغ المستحقة للمشترى الا بعد انقضاء هذه المدة[1]. ويجوز للمشترى فى هذه الحالة أن

---

(١) ويعتبر القضاء الفرنسى الاسترداد الذى يتم بمجرد ابداء البائع وفاء استعداده للمشترى أن يرد له الثمن والمصروفات استرداداً معلقاً هو ذاته على شرط واقف ، هو شرط رد البائع الثمن والمصروفات الى المشترى فعلا فى وقت معقول يمكن عند الاختلاف عليه أن تحدده المحكمة ، بحيث اذا لم يدفع البائع للمشترى هذه المبالغ فى الوقت المذكور يعتبر ذلك تخلفا للشرط الواقف ويصبح الاسترداد كأن لم يكن ويبع الوفاء كأنه بيع بات منذ انعقاده . ويرى الأستاذ السنهورى الأخذ بهذا التكييف فى القانون المصرى (السنهورى فى الوسيط ج٤ نبذة ٨٤ ص ١٦٠ و ١٦١) ، وهذا يتفق مع ما أوردناه فى المتن .

يتفادى تأخير البائع فى رد المبالغ المذكورة بعد أن يكون قد أعلن رغبته فى الاسترداد فى المدة المعينة بأن يطلب الى القاضى تعيين أجل للبائع يقوم فيه بالوفاء بحيث اذا انقضى هذا الأجل دون وفاء سقط حق البائع فى استرداد المبيع وتأيدت ملكية المشترى للمبيع نهائيا .

٢٨٥ – (٤) *آثار بيع الوفاء فى أثناء مدة خيار الاسترداد* — يترتب على بيع الوفاء باعتباره بيعا مقترنا بشرط فاسخ جميع آثار البيع البات من وقت انعقاده ، على أن تزول هذه الآثار كلها زوالا رجعيا اذا تحقق الشرط الفاسخ أى اذا طلب البائع الاسترداد فى المدة المعينة لذلك . فيصبح المشترى من وقت العقد أو من وقت تسجيله ان كان المبيع عقاراً مالكا المبيع تحت شرط فاسخ ويكون له حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه ، بل يكون له أن يعدل فى طريقة استعماله واستغلاله كما يشاء دون أن يجوز للبائع الاعتراض على ذلك الا اذا استعمل حقه فى استرداد المبيع . على أن تصرفات المشترى فى المبيع يسرى عليها الشرط الفاسخ بقوة القانون ولو لم يذكر هذا الشرط فى تلك التصرفات ، لأن المشترى لا يستطيع أن ينقل الى الغير أكثر مما يملك ، وهو لا يملك المبيع الا ملكية مقترنة بالشرط الفاسخ.

وتستثنى من ذلك أعمال الادارة التى يباشرها المشترى وفاء ، كاجارة المبيع الى الغير ، فتبقى هذه نافذة فى حق البائع بعد أن يسترد الأخير المبيع فيلتزم هذا بتنفيذ الاجارة اذا كانت ثابتة التاريخ قبل الاسترداد ووقعت دون غش ولم تجاوز مدتها ثلاث سنوات (المادة ٤٣١/٣٤٥ مدنى قديم) . وكذلك الأمر فيما يتعلق بتطهير المشترى العقار المبيع من الرهون ، أو فيما يتعلق بطلبه الشفعة فى عقار مجاور للعقار المبيع وفاء[1] ، فتبقى هذه التصرفات نافذة بالرغم من استعمال البائع حقه فى الاسترداد وزوال ملكية المشترى بأثر رجعى[2] .

---

(١) نقض مدنى ٢٣ نوفمبر ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ – ٧٤ – ١٥ .

(٢) السنهورى فى الوسيط ج٤ نبذة ٨١ ص ١٥٤ .

وبالعكس من ذلك يترتب على بيع الوفاء فيما يتعلق بالبائع زوال ملكيته للمبيع من وقت العقد مع احتفاظه بحق استردادها فى المدة المتفق عليها ، أى أنه يمكن اعتبار البائع مالكا المبيع تحت شرط واقف كما أن المشترى يملكه مقترنا بشرط فاسخ . والواقع أن ملكية البائع هذه تنحصر فى حقه فى استرداد المبيع ، وقد تقدم أن هذا الحق قابل للحوالة أى أنه يمكن بيعه .

٢٨٦ — (ب) عند انقضاء مدة الخيار — ومتى انقضت مدة خيار الاسترداد ، فاما أن يكون البائع قد استعمل حقه قبل انقضائها ، واما أن يكون قد ترك المدة تنقضى دون أن يعلن رغبته فى الاسترداد .

ففى الحالة الثانية يعتبر الشرط متخلفا ، ويترتب على ذلك أن يتأيد البيع نهائيا وأن يصبح كأن لم يكن مقترنا بالشرط فى أى وقت من الأوقات ، فيصبح المشترى مالكا المبيع ملكية باتة ، وتثبت نهائيا الحقوق التى كان المشترى قد رتبها للغير على المبيع ، ويزول كل أمل للبائع فى استرداد المبيع وتزول تبعا لذلك ملكيته التى كانت معلقة على شرط واقف لتخلف هذا الشرط .

أما فى الحالة الأولى، أى اذا تحقق الشرط الفاسخ ، فان البيع يزول بأثر رجعى ويترتب على زواله وجوب اعادة العاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فيسترد البائع ملكية المبيع بأثر رجعى ، أى أنه يعتبر كأن الملكية لم تنتقل منه فى أى وقت من الأوقات ، وبالتالى فانه يستردها خالية من كل الحقوق أو التكاليف التى رتبها عليها المشترى أو خلفاؤه[1] (المادة ٣٤٥/٤٣١)،

---

(١) ويكون للبائع فى هذه الحالة دعوى عينية ، هى دعوى الاستحقاق ، يستطيع أن يسترد المبيع بموجبها فى أى يد يكون . وفوق ذلك يكون له دعوى شخصية قبل المشترى وفاء ناشئة من عقد البيع الوفائى . فاذا وجد البائع المسترد المبيع فى يد أى شخص جاز له استردادها بالدعوى العينية . أما اذا لم يهتد الى من يوجد المبيع لديه ، تعذر عليه استعمال

ويعتبر المشترى كأن لم يكن مالكا المبيع فى أى وقت من الأوقات ويثبت له الحق فى استرداد الثمن ونفقات العقد والرد وما يستحقه من المصروفات التى أنفقها على المبيع[1]. ويجوز له حبس المبيع الى حين استيفائه جميع هذه المبالغ . وكل ذلك تطبيق للقواعد العامة .

غير أن القواعد العامة المقررة فى شأن زوال العقد زوالا رجعيا بوجه عام يستبعد تطبيقها عند زوال بيع الوفاء بالنسبة الى ثلاث مسائل هى : (١) استحقاق ثمار المبيع وفوائد الثمن ، (٢) التعويضات التى تستحق عن فسخ العقد ، (٣) تنفيذ الاجارات المعقودة بشأن المبيع .

ففيما يتعلق بالثمار والفوائد ، لم تلزم المادة ٣٥٤/٤٣٠ البائع بأن يدفع للمشترى عند رد الثمن اليه فوائد عن هذا الثمن ، كما أن القانون لم يلزم المشترى بأن يرد مع المبيع ثماره ، فاستنبط الشراح من ذلك أن المشرع قد أجرى المقاصة بين ثمار المبيع وفوائد الثمن فأعفى البائع من دفع الفوائد والمشترى من رد الثمار ، وذلك خلافا للقواعد العامة .

وفيما يتعلق بالتعويض عن فسخ البيع ، فانه لا يكون مستحقا فى حالة البيع الوفائى ، لأن الفسخ يكون فى هذه الحالة منصوصا عليه فى العقد ذاته ويقع بحكم العقد ، فلا يكون راجعا لخطأ أى من الطرفين حتى يلزم هذا الطرف

= دعواه العينية ، ويبقى له أن يطالب المشترى وفاء برد المبيع اليه بمقتضى دعواه الشخصية . وكذلك يجد البائع نفسه فى حاجة الى استعمال هذه الدعوى الشخصية قبل المشترى وفاء لالزامه بالتعويض اذا كان هذا قد تصرف فى المبيع الى مشتر ثان تمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ، فتعذر على البائع أن يسترد المبيع منه (فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط ج٤ نبذة ٢٨ ص ١٥٦).

(١) يراجع نقض ٢ ديسمبر ١٩٥٤ المحاماة ٣٦-١-١٠. ويستحق المشترى ما صرفه على المبيع من مصروفات ضرورية غير مصاريف الصيانة لأن هذه تقع على عاتقه باعتباره منتفعا فلا يكون له رجوع بها . ويستحق من المصروفات النافعة أقل القيمتين ما أنفقه فعلا ما زاد فى قيمة المبيع . أما المصروفات الكمالية فلا يستحق منها شيئا (أنظر الحكم المشار اليه وفى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط ج٤ ص ١٦٢).

جزاء خطئه بتعويض الطرف الآخر عما فاته من ربح وما لحقه من خسارة بسبب الفسخ .

وفيما يتعلق بالاجارات المعقودة بشأن المبيع قبل استعمال البائع حقه فى الاسترداد ، فقد كان مقتضى القواعد العامة أن تعتبر هذه الاجارات غير نافذة فى حق البائع الذى استرد ملكيته بأثر رجعى باعتبارها صادرة من غير مالك ، ولكن المشرع خرج على هذه القواعد ونص فى المادة ٣٤٥/٤٣١ على الزام البائع بتنفيذ هذه الاجارات اذا كانت قد صدرت من المشترى دون غش وكانت ثابتة التاريخ ولا تجاوز مدتها ثلاث سنين .

الفصل الثاني

بيع ملك الغير وبيع المال المملوك شيوعا

٢٨٧ — الصلة بين بيع ملك الغير وبيع المال المملوك شيوعا — نص المشرع على بيع ملك الغـــير فى باب البيع فى المواد ٤٦٦ وما بعدها ، ونظر فيه الى بيع المال المعين بالذات المملوك ملكية مفرزة، ولم يعرض لبيع المـال المملوك شيوعا ، لأن الأول هو الغالب . أما الثانى فملكيته ملكية من نوع خاص نظمها المشرع فى الكتاب الثالث الذى خصصه للحقوق العينية الأصلية وتناول فيه حكم الملكية الشائعة .

غير أن ثمة صلة وثيقة بين بيع ملك الغير وبيع المال المملوك شيوعا ، لأن القسمة التى ترد على هذا المال الأخير تعتبر مقررة للحقوق ، بمعنى أن كل شريك يعتبر بعد القسمة أنه قد ملك ماوقع فى نصيبه ملكية مفرزة من يوم نشوء حقه الشائع وأنه لم يملك قط شيئاً مما وقع فى نصيب غيره من الشركاء. فاذا تصرف أحد الشركاء قبل القسمة فى جزء مفرز من الأعيان الشائعة ثم وقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب غيره من الشركاء اعتبر تصرفه أنه قد ورد على ملك الغير ، ولو أن المشرع قد خصه ببعض أحكام تميزه عن بيع ملك الغير .

ولذلك آثرنا أن نعرض لبيع المال المملوك شيوعا عقب دراسة بيع ملك الغير .

المبحث الأول

بيع ملك الغير

٢٨٨ - *تذكرة بما سبق* - تقدم فى نبذة ١٨ وفى نبذة ٨٧ وما بعدها أن طبيعة البيع باعتباره عقداً ناقلا للملك بذاته تقتضى أن يكون المبيع مملوكا للبائع حتى يمكن أن تنتقل ملكيته الى المشترى بمجرد العقد ، وأن المشرع اشترط هذا الشرط وجعل جزاءه أنه يجوز للمشترى طلب ابطال البيع ، وأن هذا الشرط واجب توافره فى جميع الأحوال التى تتجه فيها ارادة العاقدين الى ابرام بيع ناقل للملك بذاته أى بمجرد الاتفاق ، وأن ذلك يشمل كل بيع بات أى غير مضاف الى أجل أو معلق على شرط متى كان محله موجوداً ومعينا بالذات ما دام الطرفان لم يقصدا عدم انتقال الملكية الى المشترى بمجرد العقد ، وأنه لا يشمل بيع المثليات ولا بيع الأموال المستقبلة ولا البيع المضاف الى أجل أو المعلق على شرط ولا البيع الذى قصد به العاقدان أن يكون انتقال ملكية المبيع فيه الى المشترى لا بمجرد العقد بل بعمل لاحق يقوم به البائع كأن يشترى المبيع من مالكه ثم ينقل ملكيته الى المشترى[1].

ويبين من ذلك أن البيوع نوعان : (١) نوع يقصد به أن ينقل الملكية بذاته ، ويشترط فيه أن يكون البائع مالكا المبيع وقت العقد حتى يمكن أن تنتقل الملكية بمجرد اتفاق العاقدين ، (٢) ونوع لا يقصد به انتقال الملكية بمجرد الاتفاق ، وهذا لا يشترط فيه أن يكون البائع مالكا المبيع

(١) راجع فى ذلك السنهورى فى الوسيط ج ٤ نبذة ١٥٤ ، منصور نبذة ١١٢ ص ٢٤٢ .
وأنظر P. Guiho, Les actes de disposition sur la chose d'autrui Rev. trim. de droit privé 1954. p. 1 et s.

وقت العقد مادام فى الامكان أن يكسب هذه الملكية فيما بعد وأن ينفذ التزامه بنقلها الى المشترى .

والنوع الثانى لا نزاع فى أنه يقع صحيحا وينتج جميع آثاره ولو لم يكن البائع مالكا المبيع . أما النوع الأول فلأنه لا يمكن فى حالة عدم ملكية البائع أن ينتج أهم أثر من آثاره وهو انتقال الملكية بمجرد العقد ، فقد ثار الخلاف حادا فى شأن صحته أو عدمها ونصت القوانين على أنه يقع باطلا أو قابلا للابطال ولكنها مع ذلك رتبت عليه بعض الآثار .

وتظهر أهمية تعيين حكم القانون فى شأن هذا النوع من البيع اذا لوحظ أنه كثير الوقوع فى العمل ، فكثيراً ما يحدث أن يبيع الزوج مال زوجته أو الابن مال أبيه أو الأب مال ابنه لا بصفته وليا عليه بل بصفته الشخصية ، وكثيراً ما يبيع الوارث مال التركة المستغرقة بالدين أو يبيع أحد الورثة أو شريك على الشيوع حصة مفرزة وقعت فى نصيب وارث أو شريك آخر . ففى كل هذه الأحوال يكون البيع وارداً على ملك الغير . فاذا كان قد قصد به أن ينقل الملك بذاته الى المشترى ، كان ذلك متعذراً واقتضى الأمر تعيين أثره فى صحة البيع أو عدمها وما يترتب على ذلك من نتائج .

٢٨٩ — النصوص الخاصة ببيع ملك الغير — فى القانون الفرنسى نصت المادة ١٥٩٩ مدنى على أن بيع ملك الغير باطل وأن للمشترى فى هذه الحالة الحق فى التعويض متى كان يجهل أن المبيع ليس مملوكا للبائع . فاقتصرت هذه المادة على تقرير البطلان وذكر حق المشترى فى التعويض ، دون أن تبين ماهية البطلان أو ما يمكن أن يترتب على العقد من آثار . فاجتهدت المحاكم فى سد هذا النقص ، وأوجدت حلولا لكثير من المسائل التى تعرض فى شأن بيع ملك الغير ، فقررت أن هذا البيع لايكون نافذا فى حق المالك بمعنى أنه لاينقل الملكية الى المشترى الا اذا أقره المالك وأن

المشترى يجوز له دون البائع أن يتمسك بالبطلان، وأن حقه فى ذلك ينقضى اذا أقر المالك العقد أو صار البائع مالكا .

وقد زاد المشرع المصرى فى التقنين الملغى خطوة عن المشرع الفرنسى؛ حيث نص صراحة على أن بيع ملك الغير يصح اذا أجازه المالك الحقيق (المادة ٢٦٤/٣٣٣) ، فدل بذلك على أنه سار فى الطريق الذى سبقته اليه المحاكم الفرنسية . وتابعت المحاكم المصرية السير فى هذا الطريق ذاته وأخذت بالأحكام التى سبقتها المحاكم الفرنسية الى تقريرها .

وأخيراً قنن المشرع المصرى هذه الأحكام فى التقنين المدنى الحالى فى المواد من ٤٦٦ الى ٤٦٨ ، فنص فى المادة ٤٦٦ على أنه :

١ — اذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشترى أن يطلب ابطال البيع . ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل .

٢ — وفى كل حالة لا يسرى هذا البيع فى حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشترى العقد .

ونصت المادة ٤٦٧ على أنه :

١ — اذا أقر المالك البيع سرى العقد فى حقه وانقلب صحيحاً فى حق المشترى .

٢ — وكذلك ينقلب العقد صحيحاً فى حق المشترى اذا آلت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد .

وجاء فى المادة ٤٦٨ أنه « اذا حكم للمشترى بابطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية» .

٢٩٠ — أحكام بيع ملك الغير — تلخص أحكام بيع ملك الغير بحسب نصوص التقنين الحالى وأحكام المحاكم السابقة فيما يلى :

١ — ان هذا البيع ينتج جميع آثار العقد الصحيح ما عدا انتقال الملكية بمجرد اتفاق العاقدين .

٢ — أنه يجوز للمشترى أن يطلب ابطال البيع ولو كان يعلم عدم ملكية البائع .

٣ — أنه لايجوز للبائع ذلك ولو كان حسن النية .

٤ — أن هذا البيع لا ينفذ فى حق المالك ولو أجازه المشترى .

٥ — أن آثاره تتم ويمتنع طلب ابطاله متى أقره المالك أوصار البائع مالكا أو كسب المشترى الملكية من طريق الحيازة .

٦ — أنه اذا لم تنتقل الملكية الى المشترى وحكم له ببطلان البيع ، وجب تعويضه متى كان حسن النية ولو كان البائع حسن النية أيضاً .

وسنعرض فيما يلى لكل من هذه الأحكام بالتفصيل .

٢٩١ — (أ) انتاج بيع ملك الغير آثار العقد الصحيح — تنص المادة ٤٦٦ مدنى على أنه يجوز للمشترى أن يطلب ابطال البيع . ويؤخذ من ذلك أن بيع ملك الغير لايقع باطلا بقوة القانون وأنه تترتب عليه آثار، والا لما كانت هناك حاجة بالمشترى الى طلب ابطاله . فالى أن يتقرر بطلانه ينتج بيع ملك الغير جميع آثار البيع[1] فيما عدا الآثار التى يحول دون قيامها عدم ملكية البائع للمبيع .

وبناء على ذلك يترتب على بيع ملك الغير التزام البائع بنقل ملكية المبيع الى المشترى والتزامه بتسليم المبيع وبضمان الانتفاع به انتفاعا هادئا

---

(١) و(٢) نقض مدنى ١٤ مارس ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ — ٢٩٥ — ٤٥ .

كاملا والتزام المشترى بدفع الثمن ونفقات العقد وبتسلم المبيع . فيجوز للمشترى مطالبة البائع بنقل الملكية اليه ، كما يجوز له مطالبته بتسليمه المبيع، ويعتبر ذلك اجازة منه للبيع تمنعه من طلب ابطاله بعد ذلك[٢]. وكذلك يجوز للبائع مطالبة المشترى بدفع الثمن وبتسلم المبيع ما دام لم يحكم ببطلان البيع[١] .

ويترتب على التزام بائع ملك الغير بالضمان أنه لا يجوز له أن يتعرض للمشترى فى انتفاعه بالعين المبيعة، ولا أن يستردها منه بحجة التزامه بردها الى مالكها، أو بحجة استحقاقه اياها بعد البيع من طريق الارث أو الوصية أو غيرهما لأن من التزم بالضمان لا يجوز منه التعرض .

وقد تقدم أن البيع فى القانون الحديث، خلافا للقانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم ، لا يقتصر أثره على انشاء الالتزامات فى ذمة كل من الجانبين بل أنه فوق ذلك ينقل الملكية من البائع الى المشترى فور ابرامه وبمجرد اتفاق العاقدين. وظاهر أن انتقال الملكية بهذا الشكل من البائع الى المشترى يقتضى أن يكون البائع مالكا المبيع وقت التعاقد ، فاذا كان غير مالك استحال انتقال الملكية منه الى المشترى فور العقد ، لأن فاقد الشيء لا يعطيه ، وكان من المحتم أن يتخلف انتقال الملكية الى ما بعد العقد ، فلا يصير المشترى بمجرد الاتفاق مالكا المبيع[٢] .

(١) منصور نبذة ١١٣ ص ٢٤٤ .

(٢) أنظر مع ذلك نقض مدنى ٨ يونيه ١٩٤٤ فهرس الخمسة وعشرين سنة لأحكام النقض ص ٧١٢ نبذة ٤٣ وقد جاء فيه أنه « اذا دفع بأن الشفيع لا يملك العين التى يشفع بها لأن العقد الذى يستند اليه فى تملكها لم يصدر من مالكها بل من وكيل عنه كان قد عزله بكتاب مسجل سابق على تاريخ البيع المدعى ، وقضت المحكمة للشفيع بالشفعة بناء على أنه مالك فعلا فلا تثريب عليها فى ذلك ، اذ حتى لو صح أن العقد كان صادراً من وكيل معزول فان بطلانه لا يكون الا نسبيا ، ولهذا فالعيب الذى يشوبه لا يمنع انتقال الملك حتى يتقدم من شرع البطلان لمصلحته ويطلب ابطاله ، والمدفوع منه لا شأن له بهذا البطلان » .

وهذا الحكم محل نظر ، لأن بيع ملك الغير حتى مع التسليم بأن بطلانه لا يكون الا نسبياً =

ويستوى فى كل ذلك أن يكون المبيع منقولا أو عقاراً ؛ وفى هذه الحالة الأخيرة أن يكون البيع قد سجل أو لم يسجل[1] .

٢٩٢ – (٢) حق المشترى فى طلب ابطال البيع – ولأن الملكية لا تنتقل فى هذه الحالة الى المشترى بمجرد العقد خلافا لقصد العاقدين ، ولأن فى ذلك اضراراً بالمشترى ، أجاز المشرع للأخير أن يدفع عن نفسه الضرر بأن يطلب ابطال البيع ، فيتخلص بذلك من التزاماته ازاء البائع ويستطيع – اذا شاء الحصول على المبيع ذاته – أن يشتريه من مالكه .

وقد نص المشرع صراحة على أن للمشترى حق الابطال ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل ، وذلك حسما لخلاف ثار بعد صدور قانون التسجيل فى سنة ١٩٢٣ حول جواز المطالبة بابطال بيع عقار الغير قبل تسجيله أو عدمه . وسنعرض لهذا الخلاف فيما بعد .

ويثبت حق المشترى فى ابطال بيع ملك الغير بمجرد ثبوت عدم ملكية البائع للمبيع ولو كان المشترى قد علم ذلك وقت البيع . ويستفاد هذا الحكم من نص المادة ٤٦٨ التى تقرر حق المشترى فى التعويض اذا حكم له بابطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، اذ يفيد تقييد حق المشترى فى طلب

= لا يمكن القول بأن العيب الذى يشوبه لا يمنع انتقال الملكية حتى يطلب المشترى ابطاله ، اذ أن عيب هذا البيع أنه صادر من غير مالك ، وهذا العيب يستحيل معه انتقال الملكية من البائع غير المالك الى المشترى ، لأن فاقد الشيء لا يعطيه ، فيظل المالك الحقيق محتفظاً بملكه ويكون مشتريه غير مالك اياه ليس ازاء المالك والبائع فحسب ، بل ازاء الكافة ، ويجوز لكل ذى مصلحة ، كالمشفوع منه، أن يتمسك بذلك (انظر أيضا ماسيجىء فى نبذة ٢٩٤).

(١) السنهورى فى الوسيط ج٤ نبذة ١٥٠ ص٢٨٥ وص٢٨٦ .

انظر عكس ذلك الهلالى وحامد زكى نبذة ١٧٠ و١٧١ حيث يريان أن بيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل، قابل للابطال بعده، وانظر أيضا بهجت بدوى فى بحثه المشار اليه ص٥٩٨ وما بعدها حيث يذهب الى أن بيع عقار الغير يقع فى ظل قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ (ومثله قانون الشهر الصادر فى سنة ١٩٤٦) صحيحا قبل تسجيله ويبقى صحيحا بعد التسجيل .

تعويض عن بطلان البيع بأن يكون المشترى قد جهل وقت البيع عدم ملكية البائع ، يفيد ذلك بطريق مفهوم المخالفة أنه يجوز الحكم ببطلان بيع ملك الغير حتى فى غير هذه الحالة الأخيرة ، أى ولو كان المشترى عالماً وقت البيع أن المبيع غير مملوك للبائع[1]. ويثبت هذا الحق للمشترى ولو كان البائع لم يعلم وقت العقد أنه غير مالك ، ويستفاد ذلك أيضاً من نص المادة ٤٦٨ ذاتها حيث تقرر للمشترى الذى حكم له بابطال البيع حقاً فى التعويض ولو كان البائع حسن النية[2] .

ويلاحظ أن حق المشترى فى طلب ابطال البيع لا يخل بحقه فى المطالبة بتنفيذ الالتزامات التى تقدم بيانها ، ومنها الالتزام بنقل الملكية والالتزام بضمان التعرض . فاذا عجز البائع عن نقل الملكية الى المشترى ، كان للأخير — فوق حقه فى ابطال العقد بناء على المادة ٤٦٦ — حق فسخ العقد طبقاً للقواعد العامة . وكذلك اذا حكم للمالك الحقيقى باستحقاق المبيع ، كان للمشترى — فوق حقه فى ابطال البيع كما تقدم — حق الرجوع بالضمان على البائع وفقاً للمادة ٤٤٣ وحق الفسخ لاخلال البائع بالتزام الضمان وفقاً للقواعد العامة . وله الخيار فى استعمال أى حق من هذه الحقوق الثلاثة كما تقدم فى نبذة ٤١٠ ، ولكنه لا يجوز له أن يجمع بينها .

ويلاحظ أخيراً أن حق الابطال تقرر للمشترى ليدفع به عن نفسه الضرر الذى يلحقه من عدم انتقال الملكية اليه ، وأن الأمر مرجعه اليه فى استعمال هذا الحق أو عدم استعماله[3]. فيجوز له أن ينزل عنه صراحة بأن

---

(١) و(٢) فى هذا المعنى منصور نبذة ١١٤ ص ٢٤٧ .

(٣) نقض مدنى ١٤ مارس ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ـ٢٩٨ــ ١٥ وقد جاء فيه «أن بطلان بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشترى ومن ثم فيكون له دون غيره أن يطلب ابطال العقد . وما لم يثبت أن البائع غير مالك ويطلب البطلان صاحب الحق فيه ، فان عقد البيع يبقى قائماً منتجاً لآثاره بحيث يكون للمشترى أن يطالب البائع بتنفيذ التزاماته ويعد هذا اجازة للعقد» .

بجيز العقد فيجعله غير قابل للابطال. ويجوز أن يكون نزوله عنه ضمنياً(١). ويجوز أن يترك استعماله حتى يسقط بالتقادم كما تسقط بذلك سائر الحقوق .

ولأن المادة ٤٦٦ لم تتضمن حكما للتقادم خاصا بهذا الحق، فتسرى عليه الأحكام العامة . غير أن المادة ١٤٠ التى حددت مدة تقادم دعاوى الابطال بثلاث سنوات قد عينت فى كل حالة من حالات الابطال مبدأ هذه المدة وهو تاريخ كشف الغلط أو التدليس أو انقطاع الاكراه أو زوال نقص الأهلية ، ولم تحدد مبدأ لمدة تقادم دعوى ابطال بيع ملك الغير ، فيتعين القول بأن هذه المدة تبدأ من وقت ابرام العقد ، وبأن الحق فى رفع هذه الدعوى لا يتقادم بمضى ثلاث سنوات لأن المشرع لم يأخذ بهذه المدة الأخيرة الا فى الحالات التى حدد فيها مبدأ لهذه المدة تالياً لوقت ابرام العقد . أما حيث تبدأ المدة من وقت العقد ، فان التقادم لا يتم الا بخمس عشرة سنة .

وسيأتى أن حق المشترى فى ابطال العقد يسقط بغير الاجازة والتقادم ، أى باقرار المالك أو بكسب البائع الملكية أو بأن تخلص الملكية للمشترى من طريق الحيازة .

٢٩٣ — (٢) حرمان البائع من حق ابطال البيع — نصت المادة ٤٦٦ فقرة أولى على أن للمشترى طلب ابطال البيع ، ولم تنص على أن للبائع هذا الحق . فلا يجوز اذن للبائع طلب الابطال . فاذا طالب المشترى

---

(١) نقض مدنى ٣٠ أبريل ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ — ٤٣٣ — ١١١ وقد جاء فيه أن توقيع المالك على عقد البيع الصادر من زوجته كضامن متضامن لا يمكن تأويله الا بأنه اقرار لهذا البيع ، وخصوصاً اذا كان قد ورد فى هذا العقد وصفه كبائع مع زوجته ، وكان هو لم يعارض فى دعوى صحة التعاقد التى أقامها الصادر له العقد وحكم فيها بصحة التعاقد ونفذ هذا الحكم وتسلم المشترى المبيع . واذن فمن الخطأ ألا يعتبر الحكم مثل هذا التوقيع اقراراً للبيع بمقولة ان الاجازة الصادرة من المالك الحقيق فى حدود المادة ٢٦٤ مدنى (قديم) والتى بمقتضاها يصحح العقد يجب أن تصدر من المالك فى صيغة اجازة صريحة .

البائع بنقل الملكية اليه أو بالتسليم ، لم يجز للبائع أن يدفع هذه المطالبة ببطلان البيع . ويعلل ذلك عادة بأن البائع هو الذي يجب أن يعرف ما اذا كان يملك المبيع أو لا يملكه . فاذا كان عالما بعدم ملكيته ، فهو مخطىء في التزامه ببيع ما لا يملك . واذا كان لا يعلم بعدم ملكيته ، فهو أيضا مخطىء لأنه كان يجب أن يعلم ، ولا يجوز له في كلتا الحالين أن يتخلص من التزامه بالاستناد الى خطئه . ونضيف الى ذلك أن المشترى انما خول الحق في طلب ابطال العقد لأن العقد في هذه الحالة عاجز عن أن ينقل اليه الملكية التي بذل من أجلها الثمن . أما البائع فان العقد يخوله كافة الحقوق التي تنشأ من العقد الصحيح الصادر من مالك ومنها حقه في اقتضاء الثمن ، فهو لا يتضرر من شيء وبالتالى لا محل لحمايته من طريق منحه الحق في ابطال البيع[1] .

ولا يترتب على حسن نية البائع الا اعفاء الأخير من المسئولية عن الأضرار غير المتوقعة التي تصيب المشترى حسن النية بسبب بطلان البيع كما سيجىء فيما يلى :

٢٤٩ — (٤) **عدم نفاذ بيع ملك الغير في حق المالك الحقيقي** — تنص المادة ٤٦٦ فقرة ثانية على أنه « في كل حال لا يسرى هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشترى العقد » . وتعليل ذلك أن المالك أجنبي عن العقد، فلا يضار به ، ولا تنتقل الملكية منه الى المشترى بدون رضاه.

وقد تقدم أن المشترى يملك اجازة العقد والنزول عن حقه في ابطاله . ولكن هذه الاجازة — ولو أنها تجعل العقد غير قابل للابطال بتاتاً — لا يمكن أن تؤثر في حق المالك ، ويبقى العقد مع اجازته عاجزاً عن أن ينقل الملكية الى المشترى ، أي أنه يبقى غير نافذ في حق المالك[2].

---

(١) قارن عكس ذلك الهلالى وحامد زكى نبذة ١٨٠ ص١٧٥ ، أنور سلطان نبذة ٤٠٦ ص٤٠٨ ، منصور نبذة ١١٤ ص٢٤٨ ، حيث يعترفون للبائع الذى كان يعتقد خطأ أن المبيع مملوك له بحق ابطال البيع اذا كان المشترى واقعاً فى الغلط ذاته أو عالما أن البائع واقع فيه أو كان فى استطاعته أن يعلم ذلك .

(٢) فى هذا المعنى منصور نبذة ١١٣ ص ٢٤٤ .

غير أن ذلك ليس معناه أن العقد لا يمكن أن يضر المالك بأى حال ، لأنه اذا كان غير نافذ فى حق المالك وعاجزاً عن نقل الملكية منه الى المشترى باعتباره عقداً صحيحاً منتجاً جميع آثاره ، فانه يعتبر مع ذلك «سبباً صحيحاً» juste titre يفيد فى الاستناد اليه لكسب الملكية من طريق الحيازة . فاذا كان المبيع منقولا وتسلمه المشترى بحسن نية بناء على هذا العقد الصادر من غير المالك ، جاز للمشترى أن يكسب ملكيته من طريق الحيازة وفقاً لقاعدة «الحيازة فى المنقول سند الملكية» (المادة ٩٧٦) ، واذا كان المبيع عقارا وتسلمه المشترى بحسن نية ، جاز له ان يكسب ملكيته بمضى خمس سنوات أى من طريق التقادم قصير المدة (المادة ٩٦٩) . وفى كلتا الحالين يفقد المالك حقه ويكون العقد الذى صدر من غير المالك أحد العوامل الفعالة فى ذلك . فيجدر بنا التحفظ والالتفات الى هذا الضرر عند القول بأن بيع ملك الغير لا يضر المالك . واذا تحقق هذا الضرر ، كان للمالك حق مطالبة البائع بتعويضه .

٢٩٥ — (٥) **زوال قابلية العقد للابطال باقرار المالك أو بأى طريق آخر يتحقق به انتقال الملكية الى المشترى** — تقدم أن قابلية العقد للابطال تزول باجازة المشترى اياه ، فيعتبر العقد صحيحاً بصفة نهائية ولكنه يظل مع ذلك عاجزاً عن أن ينقل الملكية الى المشترى . ولأن السبب الذى من أجله تقرر حق المشترى فى ابطال العقد هو منع الضرر الذى يلحقه بسبب عدم انتقال الملكية اليه ، تعين سقوط هذا الحق بمجرد امتناع الضرر المذكور ويكون ذلك فى الاحوال الآتية :

٢٩٦ — (ا) **اقرار المالك العقد** — اذا أقر المالك العقد الصادر من البائع الى المشترى ، كان اقراره اياه قبولا منه بالارتباط شخصياً بالتزامات البائع وترتب عليه انتقال الملكية منه الى المشترى ، وبذلك يرتفع عن المشترى

الضرر الذى من أجله تقرر له حق الابطال ، فينقضى هذا الحق تبعاً لزوال سببه . وقد نصت المادة ٤٦٧ فقرة أولى على ذلك صراحة حيث قالت انه «اذا أقر المالك البيع ، سرى العقد فى حقه وانقلب صحيحاً فى حق المشترى».

ويلاحظ فى شأن ذلك :

أولا — أنه يشترط فى سقوط حق المشترى فى ابطال العقد صدور الاقرار من المالك قبل رفع دعوى الابطال . أما اذا صدر الاقرار بعد ذلك ولو قبل الحكم فى الدعوى فانه لا يسقط حق المشترى فى البطلان ، وذلك لأن الحكم يستند الى وقت رفع الدعوى . فيكفى أن يكون الحق قائماً فى ذلك الوقت ولا تتأثر الدعوى بما يحدث بعده[1] .

ثانياً — أن اقرار المالك يجعل العقد نافذاً فى حقه من تاريخه لا من تاريخ العقد ، فتنتقل الملكية الى المشترى من تاريخ الاقرار أو من تاريخ تسجيله اذا كان المبيع عقاراً ، ويترتب على ذلك أن صدور الاقرار من المالك ونفاذ العقد فى حقه وانتقال الملكية بناء عليه لا يضر بالحقوق التى كسبها الغير من المالك قبل ذلك .

فاذا كان المالك قد رهن العقار المبيع أو رتب عليه حق ارتفاق قبل أن يقر البيع الصادر من الغير ، وكان المرتهن أو صاحب حق ارتفاق قد شهر حقه قبل تسجيل اقرار المالك ، فان الملكية تنتقل بهذا التسجيل الى المشترى محملة بحق الرهن أو الارتفاق .

ثالثاً — أن اقرار المالك يعد اعتماداً لما قام به البائع ، فيترتب عليه التزام المالك من وقت صدور هذا الاقرار منه بكل ما التزم به البائع أى أنه يلتزم ابتداء من هذا التاريخ بكل ما التزم به البائع وتقوم بينه وبين المشترى

---

(١) فى هذا المعنى الهلالى وحامد زكى نبذة ١٨١ ص ١٧٣ ، أنور سلطان نبذة ٤٠٨ ، كامل مرسى نبذة ٢٣٤ ص ٤٤٦ .

علاقة مباشرة . فيجوز للمالك أن يطالب المشترى بالثمن وأن يعرض عليه تسلم المبيع ، ويجوز للمشترى أن يطالب المالك بالتسليم وأن يرجع عليه بضمان التعرض أو بضمان العيوب الخفية عند الاقتضاء . ويترتب على اقرار المالك البيع وعلى تنفيذه الالتزامات الناشئة منه أن تبرأ أيضاً ذمة البائع من هذه الالتزامات. غير أنه اذا كان البائع قد حصل شيئاً من الثمن ، وجب عليه أن يؤدى عنه الى المالك حساباً وأن يدفع اليه رصيد هذا الحساب كما لو كان وكيلا عنه فى عقد البيع . واذا أخل المالك ببعض التزاماته الناشئة من العقد، كان البائع مسؤلا معه عن ذلك لأن ذمته لا تبرأ من هذه الالتزامات الا بالوفاء بها من جانبه أو من جانب المالك الذى أقر العقد .

٢٩٧ — (ب) *كسب البائع الملكية* — وقد نصت المادة ٤٦٧ فقرة ثانية على أنه « وكذلك ينقلب العقد صحيحاً فى حق المشترى اذا آلت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد » . وتعليل ذلك أن البائع يكون ملتزماً بنقل ملكية المبيع الى المشترى ، وأن الالتزام بنقل الملكية ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق وفقاً للمادة ٢٠٤ مدنى اذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم . فاذا تخلف انتقال الملكية الى المشترى عن وقت العقد بسبب عدم ملكية البائع المبيع حينئذ، فانه متى زال هذا المانع بأن آلت الملكية الى البائع انتقلت الملكية من تلقاء نفسها الى المشترى وارتفع بذلك الضرر الذى كان هذا يشكو منه ، وسقط بالتالى حقه فى ابطال العقد لأن هذا الحق لم يتقرر له الا لدفع ذلك الضرر .

وبناء على ذلك اذا ورث البائع المبيع مثلا انتقلت الملكية الى المشترى من وقت ثبوت الارث للبائع ، وانتقلت اليه محملة بالحقوق التى سبق أن رتبها عليها المورث سواء قبل عقد البيع الصادر من غير المالك أو بعده ، ولم يعد للمشترى من وقت وفاة المورث أن يرفع دعوى ابطال البيع .

أما اذا كان سبق له رفع هذه الدعوى وحدثت وفاة المورث قبل صدور الحكم ، فان الوفاة وما ترتب عليها من انتقال الملكية من المورث الى البائع ومن الأخير الى المشترى لا يترتب عليها انقضاء الخصومة ولا يبرر رفض دعوى الابطال ما دام المشترى لم يتنزل عنها .

٢٩٨ — (ج) كسب المشترى الملكية من طريق الحيازة — واذا لم يقر المالك البيع ولم يكسب البائع الملكية بعد العقد ولكن تسلم المشترى المبيع بحسن نية ، توافرت فيه اذا كان المبيع منقولا شروط قاعدة « الحيازة فى المنقول سند الملكية » ، وجاز له اذا كان المبيع عقاراً أن يتمسك بالتقادم المكسب قصير المدة بعد حيازته المبيع خمس سنوات ، أى أنه فى كلتا الحالين يجوز للمشترى أن يعتبر نفسه مالكا من طريق الحيازة وأن يدفع بذلك دعوى الاستحقاق التى يرفعها المالك ، فتخلص له الملكية ويرتفع عنه الضرر الناشىء له بسبب عدم ملكية البائع وقت العقد . فان تمسك المشترى بذلك لم يكن ثمة مسوغ لاستعماله حق الابطال الذى منحه القانون اياه لمنع هذا الضرر عنه . وفى هذه الحالة يكون للمالك الحقيقى حق الرجوع على البائع بالتعويض .

ويلاحظ أن سقوط حق المشترى فى ابطال البيع بسبب كسبه ملكية المبيع لا يكون الا فى حالة كسب الملكية من طريق الحيازة ، لأن الحيازة فى هذه الحالة تستند الى العقد أو تقوم مقامه فى احداث الأثر الذى تخلف عنه وهو نقل الملكية الى المشترى دون بذل شىء من جانبه أو تفويت أى حق عليه . أما لو كسب المشترى ملكية المبيع من طريق الارث أو الوصية أو من طريق الشراء من المالك الحقيقى ، فيكون له الحق فى طلب ابطال البيع الصادر اليه من غير المالك .

٢٩٩ — (٦) حق المشترى فى التعويض عن البطلان — واذا استعمل المشترى حقه فى طلب الابطال فى الوقت المناسب وحكم له به ، ثبت له الحق فى

التعويض عن الضرر الذى أصابه بسبب البطلان متى كان يجهل وقت العقد أن البائع لا يملك المبيع (المادة ٤٦٨) . أما اذا كان عالماً وقت العقد عدم ملكية البائع للمبيع ، فانه يعتبر قابلا أن يعرض نفسه لبطلان الصفقة وتفويت مزاياها عليه ، ولا يكون له اذا تحقق هذا الفرض أن يطالب بتعويض الأضرار الناشئة عنه .

ولم يشترط التقنين الحالى ولا التقنين الفرنسى فى ثبوت حق المشترى فى التعويض سوى حسن نيته أي جهله أن البائع اليه غير مالك وأنه يستحيل عليه لذلك نقل الملكية[1]. أما التقنين الملغى فقد كان يشترط فوق ذلك سوء نية البائع أى علمه وقت العقد بعدم ملكيته المبيع (المادة ٢٦٥/٣٣٤ فى نصها الفرنسى) . ولكن هذا الشرط كان منتقداً لأن جهل البائع عدم ملكيته لا يسوغ اعفاءه من تعويض المشترى ، اذ أنه كان يجب عليه أن يعلم قبل الاقدام على التعاقد حقيقة مركزه من حيث الملكية ، فاذا لم يفعل ، فقد قصر فى واجبه ولزمه تعويض الطرف الآخر عما أصابه من ضرر بسبب بطلان العقد الذى اعتمد عليه . لذلك ذهب بعض الأحكام والشراح فى ظل التقنين الملغى الى أن حسن نية البائع لا يعفيه من الالتزام بالتعويض. غير أن هذا الرأى بالرغم من وجاهته كان يصطدم مع صراحة نص المادة

---

(١) نقض مدنى ١١ يونيه ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ – ١ – ٨١٤ – ١٢٨ وقد جاء فيه أن « المقصود من المادة ٤٦٨ من القانون المدنى التى تقضى بأنه « اذا حكم للمشترى بابطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية » هو تقرير حق المشترى الذى حكم له بابطال البيع فى التعويض متى كان حسن النية . واذا جعل المشرع مناط حسن نية المشترى هو جهله بأن المبيع غير مملوك للبائع له فهو يعنى ألا يكون هذا المشترى عالما وقت شرائه بأن البائع له لا يملك المبيع وأنه يستحيل عليه لذلك نقل الملكية اليه ، ومن ثم فلا ينتفى حسن النية عن المشترى لمجرد علمه بأن سند البائع له عقد بيع ابتدائى لم يسجل اذ فى ، هذه الحالة لا يستحيل على البائع نقل الملكية اليه بل ان انتقالها يكون ممكنا بمجرد تسجيل البائع عقد تمليكه ، ولا يعنى عدم تسجيل العقد عيبا فيه ، ذلك أن عقد البيع غير المسجل عقد منتج لجميع آثاره ومنها التزام البائع بنقل الملكية للمشترى ، وبتسجيله تنتقل اليه الملكية فعلا متى كان البائع مالكا للمبيع » .

٣٦٥/٢٣٤ ، فلم يمكن الأخذ به ، وحدا ذلك المشرع عند تنقيح القانون المدنى الى النص صراحة فى المادة ٤٦٨ على أن البائع يلزم بالتعويض ولو كان حسن النية .

غير أن ذلك لا يعنى أنه لا فرق بين البائع حسن النية والبائع سىء النية اذ أن قواعد المسئولية العقدية تفرق بين المدين حسن النية والمدين سىء النية من حيث مدى التعويض الذى يلتزم به كل منهما ، فالأول لا يسأل الا عن الضرر الذى كان متوقعاً عقلا وقت العقد كالمصروفات الضرورية والمصروفات النافعة التى أنفقها المشترى على المبيع، أما الثانى فيسأل عن جميع الأضرار المباشرة متوقعة كانت أو غير متوقعة، فتدخل فيها أيضاً المصروفات الكمالية. غير أن هذا الرأى يفترض أن مسئولية البائع فى هذه الحالة مسئولية عقدية فى حين أنه من المسلم أن المسئولية العقدية لا تقوم الا نتيجة اخلال بالتزام ناشىء من عقد صحيح. فاذا كان العقد باطلا فلا تكون المسئولية الا تقصيرية، ويترتب عليها الزام المسئول بتعويض كافة الأضرار المباشرة، ما كان منها متوقعاً وقت العقد وما لم يكن متوقعاً ، وسواء كان البائع حسن النية أو سىء النية[1] .

٣٠٠ — تأصيل أحكام بيع ملك الغير — تلك هى أحكام بيع ملك الغير التى نص عليها التقنين المدنى المصرى الحالى والتى سبقته الى تقريرها المحاكم الفرنسية والمصرية .

ولا بد من الاعتراف بأن المحاكم قد سلكت فى تقرير هذه الأحكام سبيل الاجتهاد ، وأنها لم تلتزم فى هذا السبيل حد تطبيق النصوص بل جاوزته الى حد الانشاء مستعينة فى ذلك بالمبادىء العامة للقانون ، ذلك أن المادة ١٥٩٩ مدنى فرنسى اقتصرت كما تقدم على تقرير بطلان بيع ملك الغير وحق المشترى فى التعويض ، فلم تجعل حق التمسك بالبطلان مقصوراً على

(١) أنظر فيما يتعلق بنظرية الخطأ فى تكوين العقد وعدم أخذ المشرع المصرى بها فى هذا الخصوص كتابنا فى شرح القانون المدنى ج ٢ فى الالتزامات نبذة ٢٢٢ .

المشترى دون البائع ولم تنص على أن البيع ينتج أى أثر فى ذمة البائع أو المشترى ولم تسمح باجازة العقد لا من جانب المشترى ولا من جانب المالك ولم تقرر سقوط حق المشترى فى طلب الابطال لمجرد اقرار المالك العقد أو لكسب البائع أو المشترى ملكية المبيع ، وكذلك المادة ٢٦٤/٣٣٣ مدنى مصرى قديم لم تذكر من كل ما تقدم سوى جواز اقرار المالك العقد، فكان ذلك باعثا الفقه على أن يجتهد هو أيضاً فى تأصيل تلك الأحكام وايجاد سند لها من طريق تعيين ماهية بيع ملك الغير .

ولقد تعددت آراء الشراح واختلفت مذاهبهم فى ذلك اختلافا كبيراً . غير أنه يمكن ردها جميعاً الى أربعة آراء رئيسية . الأول يسلم بالأحكام التى قررتها المحاكم ويردها الى نظرية الفسخ ، والثانى يتمسك بنص القانون الذى يقرر أن بيع ملك الغير يقع باطلا للقول بأن هذا البطلان مطلق وبأن فيما ذهبت اليه المحاكم خروجا على النص وعن قصد المشرع ، والثالث يرى ان العقد يكون فى هذه الحالة موقوفا على اجازة المالك الحقيقى كما فى الشريعة الاسلامية، والرابع يرى بطلان بيع ملك الغير بطلانا نسبياً لامكان التوفيق بين نص القانون والنتائج التى وصلت اليها المحاكم .

وسنعرض فيما يلى كلا من هذه النظريات الأربع مع تقديرها ونقدها ، ثم نعقب على ذلك برأينا الخاص فى تكييف هذا البطلان .

٣٠١ — نظرية الفسخ — ذهب فريق من الشراح الى أن بيع ملك الغير يقع صحيحاً ، وان لم ينقل الملكية الى المشترى ، لأن نقل الملكية ليس من مستلزمات عقد البيع . وليس أدل على ذلك من أن أنواعا كثيرة من البيوع لا يترتب عليها نقل الملكية وهى مع ذلك مسلم بصحتها كبيع المثليات وبيع الأموال المستقبلة وغيرهما.

وغاية الأمر أنه اذا لم يقم بائع ملك الغير بتنفيذ التزامه بنقل الملكية ، جاز للمشترى أن يطلب الفسخ مع التعويض سواء كان البائع حسن النية أو سيء النية ، أما البائع فلا يجوز له طلب الفسخ لأنه هو المخل بالتزامه. فاذا تمكن البائع من نقل الملكية الى المشترى ، ســـواء أكان ذلك بحمل المالك على اقرار البيع أم كان بكسبه هو ملكية المال المبيع ونقلها بعدئذ للمشترى ، فلا يكون ثمة محل لأن يطلب المشترى الفسخ.

وبذلك يدلل هذا الفريق من الشراح على أن النتائج التى ترتبها المحاكم على أن أحكام بيع ملك الغير تتفق كلها مع قواعد الفسخ ، واذن لا يكون ثمة محل للتمسك بلفظ القانون الذى ذكر فيه البطلان ما دامت قواعد البطلان لا تؤدى الى هذه النتائج المسلمة التى تؤدى اليها نظرية الفسخ(١).

ويعترض على هذه النظرية (أولا) بأنها تصطدم بنص القانون الذى يقضى فى هذه الحالة بالبطلان لا بالفسخ.

ويعترض عليها (ثانياً) بأنها تتجاهل التطور الذى حصل فى طبيعة عقد البيع فى القانون الحديث حيث صار البيع ناقلا للملك بذاته. واذا كان القانون الحديث ما زال يعتبر بعض أنواع البيوع صحيحة مع أنها لا تنقل الملكية بذاتها ، فما ذلك الا استثناء من الأصل يسمح بالقول بأن البيع فى القانون الحديث صـــار نوعين : أحدهما يقصد به أن ينقل الملكية بذاته ويعتبر أثره الناقل للملكية من طبيعته ومن مستلزماته ، فلا ينعقد العقد دون أن ينتج هذا الأثر. ويعد هذا النوع هو الأصل ويشمل كل بيع وارد على مال حاضر معين بالذات ولم يرجأ فيه انتقال الملكية بارادة الطرفين ،

---

(١) كوليه دى سانتير جـ٧ نبذة ٢٨ مكرر ، جودميه فى النظرية العامة للالتزامات ، باريس سنة ١٩٣٧ ص١٠٧ و١٨٠ ، جميل الشرقاوى فى بطلان التصرف القانونى ، رسالة من جامعة القاهرة سنة١٩٥٦ نبذة ١٠٣ ص ٢٩٣ ، وفى كتابه فى البيع سنة١٩٦٦ نبذة ٤١ ص ١٠٧.

والنوع الثانى يقتصر على انشاء التزام بنقل الملكية ، فلا يعتبر إنتقال الملكية بمجرد العقد من مستلزماته خلافاً للنوع السابق ، ويشمل البيوع التى ترد على أموال مستقبلة أو على أموال حاضرة غير معينة بالذات والبيوع المؤجل فيها انتقال الملكية بارادة الطرفين وهى كلها عقود لا يقصد بها عاقدوها نقل الملكية فوراً . فاذا اتجهت نية العاقدين فى بيع ملك الغير الى ابرام بيع ناقل للملك بمجرد الاتفاق ،كان من الواضح أن العقد الذى قصداه غير ممكن انعقاده . ولا يجوز القول بأنه ينعقد ولا ينقل الملكية لأن نقل الملكية من مستلزماته ، ولأنا اذا قلنا بانعقاد عقد غير ناقل للملكية، فيكون هذا العقد مغايرا للعقد الذى قصده العاقدان . فلا بد من التسليم بأن بيع ملك الغير يقع باطلا مادام قد قصد به أن يكون ناقلا للملك بذاته.

ويعترض أخيراً على نظرية الفسخ بأنها تؤدى فى بعض المسائل الى نتائج تخالف النتائج التى قررتها المحاكم . من ذلك : (١) أن قواعد الفسخ تقضى بأن لا يجوز طلب الفسخ الا بعد اعذار المدين فى حين أن المحاكم تسلم بأنه يجوز للمشترى أن يطلب الابطال دون اعذار البائع، (٢) وأن قواعد الفسخ تجيز للمحكمة أن تمنح المدين أجلا للوفاء فى حين أن المحاكم تقضى بأنه متى طلب المشترى الابطال تعين الحكم له به ، أى أن المحاكم لا تملك فى طلب الابطال سلطة التقدير خلافا للأمر فيما يتعلق بالفسخ[١]، (٣) وأن قواعد الفسخ تسمح برفض طلب الفسخ اذا عرض المدين الوفاء قبل النطق بالفسخ فى حين أن المحاكم تقضى بأن اقرار المالك البيع الصادر من غيره أو كسب البائع ملكية المبيع لا يحول أيهما دون الحكم بالبطلان الا اذا حدث قبل رفع المشترى دعوى الابطال .

لكل هذه الاعتراضات لم يصادف هذا الرأى نجاحا ، بل مالبث أن صار مهجوراً .

---

(١) بودرى لاكانتينرى نبذة ١١٧ ص ١٠٧ و ١٠٨ ، السنهورى فى الوسيط ج ٤ نبذة ١٥٥ ص ٢٧٦ .

٣٠٢ — نظرية البطلان المطلق — وذهب فريق آخر من الشراح الى أن القانون قد نص على بطلان بيع ملك الغير ولم يرتب عليه أى حكم ، وذلك لا يسمح بالقول بأن هذا البطلان، نسبي، فيكون مطلقا[١]. أما التزام البائع بتعويض المشترى، فأساسه ليس العقد وانما خطأ البائع فى بيع ما لا يملك. وأما ما ورد فى المادة ٢٦٤ / ٣٣٣ مصرى ملغى من جواز اجازة المالك العقد ، فيفسر بأن ارادة المالك تقترن بارادة المشترى السابقة وينعقد من اقترانهما عقد جديد . أما العقد الأول بين بائع ملك الغير والمشترى ، فقد وقع باطلا بطلانا مطلقاً[٢] سواء لانعدام سبب التزام المشترى وهو نقل الملكية اليه من البائع أم لاستحالة محل التزام البائع بنقل الملكية فور العقد[٣].

وقد اعترض على هذا الرأى أولا من حيث استناده الى انعدام سبب التزام المشترى بأن هذا الالتزام ليس معدوم السبب بل سببه التزام البائع بنقل الملكية وبتسليم المبيع وضمانه ، ومن حيث استناده الى استحالة محل التزام البائع بنقل الملكية فور العقد بأن هذه الاستحالة نسبية لا يترتب عليها بطلان العقد .

واعترض عليه ثانياً من حيث النتائج العملية بأنه يخالف النتائج المسلمة التى أخذت بها المحاكم . فهو لا يسمح باجازة العقد ولا يحرم البائع من التمسك بالبطلان بل يجيز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها خلافا لما ذهبت اليه

---

(١) بيدان ج ١١ نبذة ٤٠١ ، أوبرى ورو ج ٥ نبذة ٣٥١ هامش ٤٣ .

(٢) وفى هذا قالت محكمة استئناف مصر أن من المقرر شرعاً أن من يبيع ملك غيره على أنه ملك لنفسه فبيعه باطل ، ولا تلحقه الاجازة لعدم انعقاده أصلا ، أما لو انعقد موقوفاً على اجازة مالكه اذا باعه على أنه ملك لغيره . وولاية الأب على ولده الصغير وأن كانت تخول له حق بيع عقار قاصر، الا أنها لاتخرجه عن القاعدة العامة السابق ذكرها، ويجب لانعقاد هذا البيع أن يقرر الولى أنه يبيع ملك ابنه ، والفارق الوحيد بينه وبين غيره أن ولايته تقوم مقام اجازة المالك الخصوصى فى الأحوال الأخرى ، (استئناف مصر ٢٣ مايو ١٩٣٤ المجموعة ٣٦ رقم ٤٤) .

(٣) قرب منصور نبذة ١١٥ ص ٢٥٣ و ٢٥٤ .

المحاكم فى شأن هذه المسائل، وقالت محكمة النقض فى هذا الشأن أن البيع الصادر من غير مالك ان كان باطلا، فان بطلانه ليس بطلاناً أصلياً ، بل ان القانون نص على صحته اذا أجازه المالك[1] .

٣٠٢ — (ج) نظرية العقد الموقوف — لذلك ذهب رأى آخر ، أخذا بالاعتراض الفقهى الموجه الى نظرية البطلان المطلق ، الى أن بيع ملك الغير لايقع باطلا ، وانما يكون صحيحا موقوفا فقط على اقرار المالك اياه . فان أقره ، نفذ فى حقه وأنتج جميع آثاره سواء فى حق العاقدين أو فى حق المالك ، والا بقى العقد صحيحا ولكنه موقوف الأثر ، كما هو شأن العقد الموقوف فى الفقه الإسلامى[2] .

ويؤخذ على هذا الرأى أنه لايستقيم مع تنظيم المشرع بيع ملك الغير ذلك التنظيم الذى يجعله ينتج من وقت ابرامه جميع آثاره فيما عدا انتقال ملكية المبيع الى المشترى .

---

(١) نقض مدنى ٨ أبريل ١٩٤٤ فهرس الخمسة وعشرين سنة لأحكام النقض ص٣٦٧ نبذة ١٧٤ .

(٢) قال بهذا الرأى زميلنا الدكتور شفيق شحاته فى النظرية العامة للتأمين العينى ط ٣ سنة ١٩٥٥ نبذة ٩٢ ص٨٥ وما بعدها . وعنده « أن الرأى الصحيح هو أن العقد لايعتبر باطلا بحال من الأحوال ، فهو قد استوفى جميع شروط انعقاده وصدر ممن يعتبر أهلا له ، وان كان لا ولاية له على العين محل التعاقد . والعقد عند انعدام الولاية يعتبر عقداً موقوفاً ، أى أن أثره يظل معلقا على ارادة من له الولاية . فاذا صدر الاقرار أنتج العقد جميع آثاره من وقت صدوره . أما قبل ذلك ، فالعقد لا أثر له ، ولو أجازه المتعاقد الآخر . ولذلك لا يمكن القول بأن العقد قابل للابطال وتصححه الاجازة . وهذه الاجازة هى عبارة عن نزول العاقد الآخر عن حقه فى الرجوع . والعقد قبل الرجوع يصلح محلا للاقرار. أما بعده فلا يمكن أن يرد عليه الاقرار . واذا كان البائع لايستطيع التحلل من العقد فذلك لان العقد الموقوف قد رتب للمتعاقد الآخر حقاً موقوفاً . واذا كان المتعاقد الآخر يستطيع النزول عن هذا الحق فالطرف الأول لايستطيع ذلك . وهذا الحق ليس حق الملكية ، بل هو حق احتمالى منشؤه العقد الموقوف الذى يضع المتعاقدين فى مركز قانونى أشبه مايكون بمركز المتعاقدين فى الفترة التى تسبق العقد avant-contrat. ...

ولو كان هذا العقد يقع موقوفا لما كان له أى أثر قبل اقراره ممن جعل العقد موقوفا مراعاة لحقه ، وبأنه يصطدم مع صريح نص القانون الذى يخول المشترى حق ابطال العقد ، لأن القول بأن العقد موقوف ينطوى على أنه صحيح وبالتالى لايجوز ابطاله ، وبأنه لامحل لقياس بيع ملك الغير على التصرف الذى يصدر ممن لا ولاية له ، لأنه اذا جاز اعتبار هذا التصرف الأخير موقوفا على اجازة من يملك الولاية استناداً الى حكم الفقه الاسلامى باعتباره مصدراً من مصادر القانون المصرى طبقا للمادة الأولى فقرة ثانية مدنى ، فان الاستناد الى هذه المادة لا يجوز فيما يتعلق ببيع ملك الغير لأن الرجوع الى الفقه الاسلامى لا يجوز طبقا للمادة المشار اليها الا فى الحالات التى لايوجد بشأنها نص فى القانون ، وليست من بينها حالة بيع ملك الغير التى تنظمها المواد ٤٦٦ وما بعدها[١] .

٣٠٤ — (د) نظرية البطلان النسبى — لذلك ذهبت كثرة الشراح والمحاكم فى فرنسا وفى مصر الى أن بطلان بيع الملك الغير بطلان نسبى باعتبار أن هذا النوع من البطلان هو الذى يسمح بترتيب جميع الأحكام التى رتبتها المحاكم ثم التقنين المصرى الحالى على بيع ملك الغير .

غير أنهم اختلفوا فى تأسيس هذا البطلان ، فقال البعض انه راجع الى غلط المشترى فى صفة جوهرية فى البائع وهى كونه مالكا ، وقال آخرون أنه راجع الى غلط فى صفة جوهرية فى المبيع وهى كونه مملوكا للبائع[٢].

ولكن يعترض على كلا الفريقين بأن القانون والمحاكم لا تعتبر سبب البطلان غلط المشترى وأن الدليل على ذلك هو أنه من المسلم أن المشترى يجوز له طلب ابطال البيع ولو كان وقت العقد عالما أن البائع غير مالك .

---

(١) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ٤ نبذة ١٥٧ ص ٢٨١ .

(٢) جوسران جـ٢ نبذة ١٠٤٣ و١٠٤٥ .

ولذلك قال فريق آخر من الشراح ان بطلان بيع ملك الغير بطلان نسبي ولكنه بطلان غير مبنى على القواعد العامة ، بل بطلان من نوع خاص sui generis مقرر فى حالة خاصة بنص القانون(١) .

ويعترض على ذلك (أولا) بأن القول بأن هذا البطلان من نوع خاص لا يفسر شيئاً ويعتبر تسليما بالعجز عن رد أحكام بيع ملك الغير كما هى مقررة الى القواعد العامة ، وبأنه لا يصح التسليم بذلك قبل استنفاد جميع الوسائل التى تتيحها لنا القواعد العامة .

و (ثانيا) بأن القول بأن بيع ملك الغير باطل بطلاناً نسبيا قول لا يتفق مع أهم حكم من أحكام بيع ملك الغير ، وهو أنه لا ينقل ملكية المبيع ، مع أن العقد الباطل بطلانا نسبيا ينتج جميع آثاره كاملة كما لو كان صحيحاً صحة تامة لا مطعن عليها الى أن يتقرر بطلانه .

٣٠٥ — (د) *رأينا فى الموضوع* — ونحن نسلم بصحة الاعتراضات التى وجهت الى كل من هذه النظريات فيما عدا الاعتراض النظرى الذى وجه الى احدى صورتى نظرية البطلان المطلق ، وهى التى تؤسس هذا البطلان على استحالة محل التزام البائع بنقل الملكية ، أعنى الاعتراض الموجه الى القول بأن استحالة نقل ملكية المبيع المملوك للغير فور العقد استحالة مطلقة ، ذلك أن الاستحالة المطلقة التى تستتبع البطلان المطلق ليس المقصود بها استحالة الأمر على الكافة وفى جميع الظروف والأحوال ، وانما المقصود بها استحالة الأمر فى ظروف معينة هى الظروف المحيطة بالمدين . وتقدر الاستحالة بمعيار موضوعى أى بمعيار الرجل المعتاد ، فتعتبر مطلقة متى كان الرجل المعتاد اذا وجد فى مثل الظروف المحيطة بالمدين يستحيل عليه القيام بمحل الالتزام ولو كان يستطيع القيام به فى ظروف أخرى . ويعتبر

---

(١) السنهورى فى الوسيط ج ٤ نبذة ١٥٨ ، بهجت دون فى بطلان بيع ملك الغير ، مجلة القانون والاقتصاد السنة الاولى ص ٥٩٩ ، الهلالى وحامد زكى ص ١٦٦ .

من الظروف المحيطة ببائع ملك الغير كونه غير مالك المبيع ، ومما لاشك فيه أن الرجل المعتاد يستحيل عليه اذا كان غير مالك لشيء معين أن ينقل ملكيته الى غيره ، فيعتبر محل التزام بائع ملك الغير بنقل ملكية المبيع فور العقد مستحيلا استحالة مطلقة يترتب عليها بطلان العقد بطلانا مطلقا .

هذا من الناحية النظرية . أما من ناحية الأحكام والنتائج العملية ، فمن الواضح أن نظرية البطلان المطلق اذا أخذ بها وحدها تؤدى الى نتائج مغايرة للأحكام التى نص عليها التقنين المصرى الحالى والتى جرت عليها أحكام المحاكم من قبل . ولكن اذا أمكن تكملتها بقاعدة أو نظرية أخرى من القواعد العامة التى يقوم عليها التشريع بحيث تؤدى الى النتائج والأحكام المسلمة ، كان ذلك أولى بالاتباع من القول بأن بيع ملك الغير باطل بطلانا نسبياً من نوع خاص .

وعندى أن تكملة نظرية البطلان المطلق بنظرية تحول العقد الباطل conversion المنصوص عليها فى المادة ١٤٤ مدنى يمكن أن تفسر لنا جميع الأحكام الخاصة ببيع ملك الغير على الوجه الآتى :

اذا ثبت اتجاه قصد العاقدين الى ابرام عقد بيع ناقل للملك بذاته ، أى عقد بيع من النوع الأول من النوعين اللذين تقدمت الاشارة اليهما ، وكان البائع غير مالك المبيع وقت العقد ، كان محل العقد مستحيلا فى ذاته أى بالنسبة الى البائع والى أى شخص آخر اذا وجد فى ظروف البائع حالة كونه غير مالك ، ووقع العقد الناقل للملكية بذاته الذى اتجهت اليه ارادة العاقدين باطلا بطلاناً مطلقاً .

غير أنه يمكن تحوله الى عقد بيع منشيء لالتزامات فقط ، أى الى عقد بيع من النوع الثانى ، اذا ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف الى ذلك لو علما أن العقد الأول غير ممكن انعقاده بسبب عدم ملكية البائع . ويمكن القول بأن المشرع قد فرض فرضاً غير قابل لاثبات العكس أن البائع قد

انصرفت نيته المحتملة الى تحول عقد البيع من النوع الأول أى الناقل للملكية بذاته الى النوع الثانى الذى لا ينشىء الا التزامات شخصية ، وأنه لذلك لم يسمح للبائع بأن يتمسك ببطلان العقد الذى قصد ابرامه ولو أنه بطلان مطلق . أما انصراف نية المشترى الى ذلك فمفروض الى أن يثبت العكس ، ولذلك ينتج عقد بيع ملك الغير آثار عقد من النوع الثانى كاملة مادام المشترى لم يتمسك بالبطلان . وهذا ما يفسر أن بيع ملك الغير ينشىء التزامات شخصية فقط ولا ينقل الملكية وأنه يصح أن يجيز المشترى العقد لأن اجازته هذه تعتبر دليلا على انصراف نيته منذ ابرام عقد الى تحوله من النوع الأول الى النوع الثانى وتمنعه من أن يتمسك بعد ذلك بالبطلان ولو أنها لا تنقل اليه الملكية ، كما يفسر امكان ورود اقرار المالك على العقد وامكان انتقال الملكية الى المشترى بمجرد أن يصير البائع مالكا الخ . أما اذا تمسك المشترى بالبطلان ، كان ذلك دليلا على أن نيته المحتملة لم تكن تنصرف الى تحول العقد من النوع الأول الى النوع الثانى ، ووجب اعتبار العقد باطلا بطلاناً مطلقاً وغير قابل لانتاج أى أثر قانونى ، وألزم البائع بالتعويض باعتباره متسبباً بخطئه فى أن يعقـــد المشترى معه بحسن نية عقداً باطلا .

وعلى ذلك يمكن القول بأن المشرع قد جعل من تنظيم بيع ملك الغير فى المواد ٤٦٦ وما بعدها تطبيقاً تشريعياً لنظرية تحول العقد الباطل تجاوز فيه بعض الشىء عما تقتضيه نظرية التحول ، اذ فرض فيه انصراف نية البائع المحتملة الى التحول فرضاً غير قابل لاثبات العكس ، دون أن يفرض مثل ذلك فى نية المشترى . وبهذا القول وحده يمكن تفسير جميع أحكام بيع ملك الغير المتقدمة ، وبه يمكن الاستغناء عن الالتجاء الى فكرة بطلان هذا البيع بطلاناً نسبياً من نوع خاص ، تلك الفكرة التى تعتبر بمثابة تسليم بالعجز والتى لا ينبغى الالتجاء اليها الا عند عدم كفاية القواعد العامة

لتفسير أحكام معينة(١) .

(١) وقد أخذ الأستاذ السنهورى على رأينا أمرين : (الأول) ان القول ببطلان بيع ملك الغير بطلانا مطلقا يتعارض مع نصوص القانون القاطعة فى أن هذا البيع قابل للابطال وليس باطلا بطلانا مطلقا ، و (الثانى) ان القول بأن هذا العقد يقع باطلا بطلانا مطلقا ويتحول الى عقد منشىء لالتزامات حسب يتعارض مع نظرية التحول المعروفة (الوسيط جـ ٤ نبذة ١٥٦ ص ٢٨٠) .

وردنا على ذلك فيما يتعلق بالأمر الأول أن نصوص القانون وتنظيمها أحكام بيع ملك الغير لاتستقيم مع تكييف هـــذا العقد بأنه قابل للابطال كما لاتستقيم مع تكييفه بأنه باطل بطلانا مطلقا ، اذ ليس مما يتفق مع قواعد قابلية العقد للابطال تصحيح العقد بارادة شخص أجنبى عنه أو بمجرد حصول واقعة قانونية كالارث يهبط على البائع غير المالك أو تملك هذا الاخير ملكية المبيع بالتقادم المكسب ، وفيما يتعلق بالامر الثانى أننا لاننكر أن ماقول به من تحول البيع الباطل باعتباره عقداً ناقلا الملكية بذاته الى عقـــد منشىء لالتزامات حسب لايتفق كل الاتفاق مع نظرية التحول المعروفة ، ولكنا نقول ان النصوص المتعلقة ببيع ملك الغير تفسر على أساس تطبيق المشرع نظرية التحول تطبيقاً تشريعيا على هذا البيع . ومن المعلوم أن المشرع يملك عندما يطبق بنفسه نظرية معينة على حالة بذاتها أن يتجاوز عن بعض الشروط التى تتطلبها هذه النظرية العامة أو أن يعدل بعض الشىء فى الآثار التى ترتبها هذه النظرية . ومن أمثلة ذلك التطبيق التشريعى للمادة ١٤٦ مدنى الخاصة بانصراف أثر العقد الى الخلف الخاص الذى نصت عليه المادة ٦٠٤ مدنى بالنسبة لنفاذ الاجارة فى حق المالك الجديد اذا باع المؤجر العين المؤجرة حيث تجاوز المشرع فى هذه المادة الأخيرة عن شرط علم المالك الجديد بالاجارة وقت تلقيه الملكية (انظر كتابنا فى عقد الايجار سنة ١٩٦٨ نبذة ٢٧٨) . ومن هذا القبيل أيضاً التطبيق التشريعى لنظرية الظروف الطارئة المقررة فى المادة ٢/٢٤٧ مدنى الذى أجراه المشرع نفسه فى القانون رقم ١٩٥٣/٤٥٢ الصادر بشأن تخفيض القدر المؤجل من أثمان الأطيان الزراعية التى بيعت قبل صدور قانون الاصلاح الزراعى وسرى عليها الاستيلاء الذى نص عليه هذا القانون فى أيدى مشتريها ، حيث نص هذا التطبيق التشريعى على أن الفرق بين ثمن البيع وبين التعويض عن الاستيلاء يقسم مناصفة بين البائع والمشترى بشرط أن لايجاوز مايتحمله البائع قيمة الباقى من الثمن فى ذمة المشترى . وقد خرج المشرع فى هذا التطبيق التشريعى على الحكم العام لنظرية الظروف الطارئة فى أنه لم يترك للقاضى سلطته التقديرية فى رد الالتزام الذى صار مرهقا الى الحد المعقول بل فرض بقوة القانون قسمة الخسارة مناصفة بين البائع والمشترى (راجع ماتقدم فى نبذة ٢٤٣) .

ويمكن أن يعتبر من هذا القبيل أيضاً التطبيق التشريعى لنظرية تحول العقد الباطل على بيع ملك الغير . ففيه افترض المشرع انصراف نية البائع الى تحول البيع الناقل للملكية الى بيع منشىء لالتزامات فقط فرضاً غير قابل لاثبات العكس وافترض انصراف نية المشترى أيضاً الى ذلك فرضاً قابلا لاثبات العكس . ولهذا لم يسمح للبائع بالتمسك ببطلان العقد ولكنه سمح للمشترى بذلك .

٣٠٦ – حكم بيع العقار المملوك للغير بعد صدور قانون التسجيل – كان التقنين الملغى ينص على بطلان بيع ملك الغير فى الوقت الذى كان فيه يقضى بأن البيع ينقل ملكية العقار المبيع فيما بين العاقدين بمجرد الاتفاق

= وقد أخذ زميلنا الاستاذ منصور مصطفى منصور على رأينا أمرين أيضا . أولهما عدم صحة ما نذهب اليه من اعتبار استحالة نقل بائع ملك الغير ملكية المبيع الى المشترى استحالة مطلقة تستتبع بطلان العقد بطلانا مطلقاً استناداً الى أن عدم تملك البائع للمبيع لا يعتبر ظرفاً خارجيا ولا يقام له وزن فى تقصى ما اذا كان الرجل العادى يستطيع نقل الملكية فى هذا الظرف والى أن هذا يجعل نقل الملكية ليس مستحيلا فى ذاته ، الأمر الذى يمتنع معه القول ببطلان العقد (منصور نبذة ١١٦ ص ٢٥٤) .

وهذا الاعتراض مردود بأن كون المال المبيع مملوك لغير البائع أمر موضوعى يجب أن يقام له وزن فى تقصى ما يعتبر ممكناً للرجل العادى أو غير ممكن ، ولا شك فى أن الرجل العادى يستحيل عليه أن ينقل الى المشترى مالا مملوكا لغيره .

ويضيف الأستاذ منصور الى ذلك أنه كان يمكن القول باستحالة نقل ملكية المبيع غير المملوك للبائع استحالة مطلقة لو أن العقد يترتب عليه انتقال الملكية مباشرة . أما والواقع أنه ينشىء التزاما بنقل الملكية أولا ثم ينفذ هذا الالتزام ، وما دام هذا الالتزام ممكنا فى ذاته فالعقد صحيح . وكل ما يترتب على عدم ملكية البائع للمبيع أن هذا الالتزام الذى ينشأ لا ينفذ بقوة القانون فور نشوئه . وهذا لا يمنع من صحة العقد (منصور ص ٢٥٦) .

ونحن نرى أنه حتى مع التسليم بأن العقد ينشىء التزاما بنقل الملكية ولا ينقل الملكية مباشرة ، فان ذلك لا ينفى استحالة تنفيذ الالتزام بنقل ملكية المبيع المملوك للغير اذا كان المقصود به نقل الملكية بمجرد العقد . أما اذا كان المقصود به نقل الملكية بعد حلول أجل أو تحقق شرط الخ . فلا يكون محل الالتزام مستحيلا ويكون العقد صحيحاً . وهذا هو البيع الذى اعتبرناه بيعا من النوع الثانى .

وأخيراً يعترض الأستاذ منصور على رأينا فى تأسيس أحكام بيع ملك الغير على أساس فكرة تحول العقد من بيع ناقل الملكية بذاته الى بيع منشىء التزامات فحسب بأن نظرية التحول تقتضى ثبوت انصراف نية الطرفين المحتملة الى بيع من النوع الثانى وقت ابرام البيع الوارد على ملك الغير ، وبأن ما نذهب اليه من استخلاص عدم انصراف نية المشترى الى التحول من واقع طلبه ابطال العقد لا يتفق مع نظرية التحول التى تفترض ثبوت انصراف النية الى ذلك فى وقت ابرام العقد (منصور ص ٢٥٨) . وهذا الاعتراض مردود بأن التطبيق التشريعى قد افترض ثبوت انصراف نية المشترى الى التحول وقت ابرام العقد فرضاً قابلا لاثبات العكس ، وأنه لا يتصور أن يكون اثبات العكس وقت ابرام العقد ، والا لما كانت ثمة حاجة الى القرينة . ومن المتعين اذن أن يكون اثبات عكس القرينة تاليا لابرام العقد . وهذا نتيجة لتجاوز التطبيق التشريعى عن شرط ثبوت انصراف النية الى التحول وقت ابرام العقد .

ولا يشترط تسجيل العقد الا للاحتجاج بنقل الملكية على الغير . فكان من الواضح أن بطلان بيع ملك الغير هو نتيجة طبيعية وحتمية لاعتبار البيع ناقلا الملك بذاته .

فلما صدر قانون التسجيل فى سنة ١٩٢٣ ونص على أن العقد لا ينقل الملكية العقارية لافيا بين العاقدين ولا بالنسبة للغير الا بتسجيله، قام خلاف كبير بين شراح القانون المصرى فى شأن بيع ملك الغير . فقال فريق ان عقد بيع العقار المملوك للغير أصبح يقع صحيحاً لأن بيع العقار لم يعد ناقلا للملك بذاته بل بالتسجيل ، فانعدمت فيه علة بطلان بيع ملك الغير . وغاية الأمر ان المشترى يكون له حق فسخ البيع لعدم قيام البائع بالتزامه بنقل الملكية . غير أنه لم يسع هذا الفريق من الشراح الا التسليم بأن عقد بيع العقار المملوك للغير متى تم تسجيله توافرت فيه حكمة بطلان بيع ملك الغير وصار باطلا . ومؤدى هذا الرأى ان بيع عقار الغير يقع صحيحاً مادام لم يسجل ثم ينقلب باطلا بالتسجيل[1] . وحسب هذا الرأى أن يؤدى الى هذه النتيجة حتى يكون بعده عن الصواب واضحاً ، اذ لا يسوغ القول بأن عقداً ما يقع صحيحاً ثم ينقلب باطلا لسبب تال لانعقاده ، ولا أن تسجيل العقود له أى دخل فى تصحيح ما كان باطلا منها أو ابطال ما كان صحيحا .

وذهبت كثرة الشراح الى أن بيع العقار المملوك للغير يقع حتى بعد صدور قانون التسجيل باطلا وفقاً للمادة ٢٦٤/٣٣٣ مدنى قديم سواء سجل العقد أو لم يسجل ، ولكنهم اختلفوا فى تعليل ذلك .

ونحن نعلله بأن قانون التسجيل لم يغير من طبيعة عقد بيع العقار ، فلا يزال هذا العقد بطبيعته وبحسب قصد العاقدين منه ناقلا للملك ، وغاية الأمر أن المشرع نفسه قد جعل انتقال الملكية يتراخى الى حين تسجيل العقد . ولكن لأن هذا التراخى لاتقتضيه طبيعة الأشياء كما فى بيع المثليات وبيع

---

(١) الهلالى نبذة ١٧٠ و ١٧١ .

الأموال المستقبلة ، ولأنه ليس ناشئاً عن اتجاه ارادة العاقدين اليه كما فى اضافة انتقال الملكية به الى أجل ، فانه لايمنع من اعتبار بيع العقار من العقود الناقلة للملك بحسب قصد العاقدين وطبيعة الأشياء ، ومن اعتبار علة بطلان بيع ملك الغير متوفرة فيه من وقت انعقاده ، فيقع باطلا ويظل باطلا بالرغم من تسجيله .

وقد أخذ المشرع بهذه النتيجة فى التقنين المدنى الحالى ونص عليها صراحة فى المادة ٤٦٦ فقرة أولى حيث قرر أنه « اذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لايملكه ، جاز للمشترى أن يطلب ابطال البيع . ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل » .

المبحث الثانى

بيع المال المملوك شيوعا

٣٠٧ – تعريف الملكية الشائعة ومدى حق المالك فى الشيوع – عرفت المادة ٨٢٥ مدنى الملكية الشائعة حيث قالت انه « اذا ملك اثنان أو أكثر شيئا غير مفرزة حصة كل منهم فيه ، فهم شركاء على الشيوع » .
ويبين من هذا التعريف أن الشريك فى الشيوع لايستقل بملكية المال الشائع أو بملكية أى جزء منه بل يكون له حق فى كل ذرة من ذرات هذا المال مقيد بحقوق شركائه فيها ، فهو يستقل بملكية حصة شائعة فى كل المال المملوك على الشيوع ولا يستقل بملكية أى جزء منه . وقد نصت المادة ٨٢٦ فقرة أولى على أن « كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لايلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء » .

ولأن الملكية على الشيوع تفرض على كل من الشركاء أن يتقيد فى استعمال حقه على المال الشائع وعلى كل ذرة منه بمراعاة حقوق شركائه فى

هذا المال ، فهى صورة من الملكية من شأنها زيادة فرص التصادم بين مالكى المال الشائع وما ينشأ عن ذلك من منازعات ما كانت تثور لولا حالة الشيوع ، وبالتالى من شأنها اضعاف استغلال الأموال المملوكة على هذا الوجه ونقص الدخل القومى .

لذلك اعتبر المشرع حالة الملكية الشائعة حالة طارئة ، وسهل انهاءها من طريق القسمة اتفاقا أو قضاء ، ومنع الاتفاق على البقاء فى الشيوع الى أجل يجاوز خمس سنين (المواد ٨٣٤ وما بعدها) .

ومتى تمت قسمة المال الشائع ، اعتبر كل شريك أنه مالك للحصة المفرزة التى آلت اليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص (المادة ٨٤٣) ، وذلك فيما بين المتقاسمين دون توقف على شهر القسمة ، وبالنسبة الى الغير بشرط شهرها .

من ذلك يبين أن تصرف الشريك على الشيوع فى ملكيته الشائعة يجب أن يتقيد قبل القسمة بحقوق شركائه وأن مصيره يتوقف بعد حصول القسمة على نتيجتها[1] .

٣٠٨ — ما يتقيد به المالك على الشيوع عند التصرف فى حقه قبل اجراء القسمة : وجوب الاقتصار على التصرف فى الحصة الشائعة — يتقيد المالك على الشيوع عند التصرف فى حقه قبل القسمة بألا يضر بحقوق شركائه ، ويقتضيه ذلك أن يراعى فى احلال المتصرف اليه فى حقه محله بحيث لا يحدث التصرف أى تغيير فى مركز الشركاء ، أو بعبارة أخرى ألا يتصرف الا فى حصته كلها أو بعضها شائعة فى كل المال . فاذا راعى ذلك وقع تصرفه صحيحاً

(١) انظر :
M. Papikofer, Valeur juridique de la vente et de l'hypothèque de biens divis avant le partage. Gaz. Trib. Mixtes XXII, 1932, p.63 .

وانتقل حقه الى المتصرف اليه وصار هذا شريكا فى الشيوع مع شركاء المتصرف الى أن تتم قسمة المال الشائع فيختص بجزء منه بقدر حصته الشائعة .

فاذا سجل هذا المشترى عقده قبل شهر عقد القسمة ، فانه يصبح غيرا بالنسبة الى عقد القسمة فى حكم المادة ١٠ من قانون الشهر وبالتالى لا يحتج عليه بهذه القسمة، يستوى فى ذلك أن يكون شراؤه سابقاً على اجراء القسمة أم لاحقاً لها ، ويصبح فى الحالين شريكا فى العقار الشائع بقدر الحصة التى اشتراها . ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن فى القسمة التى تجرى بخصوص هذا العقار قضاء أو اتفاقاً بل له أن يطلب اجراء قسمة جديدة اذا لم يرتض القسمة التى تمت دون أن يكون طرفاً فيها[1] .

أما اذا رضى المشترى بالقسمة أو لم يعترض عليها ، فان البائع اليه يصبح ملزما بأن ينقل اليه ملكية ما باعه شائعا فيما اختص به بمقتضى عقد القسمة ولا يجوز لأى من المتقاسمين الآخرين أن يعترض على ذلك[2] .

٣٠٩ — *تصرف الشريك فى المال الشائع كله أو فى جزء مفرز منه* — واذا لم يراع الشريك على الشيوع فى تصرفه ما تقدم ، بأن تصرف فى كل المال الشائع أو فى جزء مفرز منه قبل اجراء القسمة بينه وبين سائر شركائه ، كان من الواضح أن تصرفه يرد فى هذه الحالة على حصته الشائعة فى المبيع وعلى حصص شركائه الشائعة فيه أيضا ، أى أنه يعتبر صادراً من مالك بالنسبة الى حصة البائع ومن غير مالك بالنسبة الى حصص شركائه . وظاهر أن ازدواج تكييف هذا التصرف على هذا الوجه لا بد أن يثير

---

(١) نقض مدنى ٢ ديسمبر ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ — ١١٧٢ ، وأيضاً نقض مدنى ٢ ابريل ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ — ١٠٣ — ٨١ ، ١٥ يناير ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ — ٤٣ — ٥ .

(٢) نقض مدنى ٢٥ يناير ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ — ١٢٧ — ١٩ .

صعوبات جمة فيما يتعلق باعتبار التصرف صحيحا تغليبا لكونه صادراً من مالك أو اعتباره قابلا للابطال تغليباً لكونه صادراً من غير مالك .

ومما يزيد الأمر تعقيداً أثر القسمة الكاشف ، اذ يترتب عليه أن يعتبر البائع بعد القسمة أنه كان مالكاً منذ الأصل كل المبيع اذا وقع هذا فى نصيبه ، أو أنه لم يملك شيئا منه قط اذا لم يقع شيء منه فى نصيبه . ولا شك أن من شأن هذه الاحتمالات أن تزيد صعوبة الفصل فى صحة التصرف أو بطلانه فى الفترة السابقة على القسمة[1] .

لذلك يتعين أن نبين فيما يتعلق بتصرف الشريك فى المال الشائع كله أو فى جزء مفرز منه قبل الاتفاق مع شركائه على قسمة المال الشائع حكم هذا التصرف بعد أن تتم القسمة ، ثم نبين فى ضوء ذلك حكم هذا التصرف فى الفترة السابقة على حصول القسمة .

٣١٠ — حكم هذا التصرف بعد أن تتم القسمة — لم يرد فى القانون الفرنسى ولا فى التقنين المصرى الملغى فيما يتعلق بتصرف الشريك فى المال الشائع كله أو فى جزء مفرز منه نص على حكم هذا التصرف بعد أن تتم قسمة المال الشائع ، فوجب الرجوع فى شأنه الى القواعد العامة . ويؤدى تطبيق هذه القواعد وبخاصة قاعدة أثر القسمة الكاشف الى أنه اذا وقع المبيع بموجب

---

(١) وتفاديا لهذه الصعوبات عالج المشرع السودانى الأمر بأن خول أمين الشهر أن يرفض تسجيل أى تصرف من جانب أحد الشركاء فى المال الشائع الى غير شريك له مالم يوافق عليه سائر الشركاء أو تتم قسمة المال الشائع قبل التسجيل . أنظر كتاب قوانين السودان The Laws of the Sudan جـ ٧ فى شرح قانون التسجيل الصادر فى ٣١ ديسمبر ١٩٢٥ بند ٣٠ حيث ورد فيه :

Where land is registered in the names of proprietors in undivided shares, the Registrar may refuse registration of any dealing with undivided share by any proprietors in favour of any person other than another proprietor unless the remaining proprietors consent or unless a partition is effected prior to registration.

القسمة فى نصيب الشريك البائع ، صح البيع ونفذ لأنه يكون قد ورد على مال مملوك للبائع ، والا كان حكمه حكم بيع ملك الغير وجاز للمشترى ابطاله .

غير أن المشرع المصرى رأى عند تنقيح القانون المدنى أن يضيق من دائرة البطلان فى هذه الحالة الأخيرة حرصاً على استقرار المعاملات ، فنص فى المادة ٨٢٦ فقرة ثانية من التقنين الحالى على أنه «اذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى المتصرف بطريق القسمة. وللمتصرف اليه، اذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق فى ابطال التصرف» .

وقد قرر المشرع بذلك مبدأ الحلول العينى . وبمقتضاه يحل الجزء الذى وقع بالقسمة فى نصيب الشريك البائع محل الجزء المفرز الذى عين فى عقد البيع ويعتبر البيع وارداً عليه منذ ابرامه . فيتملكه المشترى بموجب العقد ولا يكون له أى حق على الجزء الذى عين أصلا فى العقد[1] . ومؤدى ذلك

---

(١) ويستوى فى ذلك أن تكون القسمة قد سجلت أو لم تسجل ، لأن تسجيلها غير مطلوب الا للاحتجاج بها على الغير ، ولأن الغير فى قانون الشهر العقارى هو من كسب حقا عينيا على العقار وقام بحفظه قانوناً ، ولأن حق مشترى الحصة المفرزة من المالك على الشيوع يتوقف مصيره على نتيجة القسمة ، فلا يعتبر له وجود قبل القسمة ، فلا تثبت له صفة الغير فى هذا الخصوص ولا يكون له أن يتمسك بعدم تسجيل القسمة ولو كان قد سجل عقده . وقد اطرد قضاء محكمة النقض على ذلك حيث قررت أن الغير فى حكم المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه مازال مملوكاً على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة. وأما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزاً، فانه لا يعتبر غيراً ولو سبق الى تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة اذ أن حقه فى هذا الجزء المفرز الذى انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التى تنتهى اليها القسمة وذلك لما هو مقرر بالمادة ٨٢٦/٢ من القانون المدنى من أن التصرف اذا انصب على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى اختص به المتصرف بموجب القسمة ، مما مفاده أن القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفرزاً من أحد المتقاسمين ويترتب عليها فى شأنه ما يترتب عليها فى شأن المتقاسمين من انهاء حالة =

ألا يعتبر البيع وارداً على ملك الغير وأن لا يجوز للمشترى طلب ابطاله بناء على المادة ٤٦٦ ما دام قد وقع فى نصيب البائع جزء من المال الشائع .

غير أن المشرع لم يفته أن المشترى قد يتضرر من ذلك اذا كان قد قصد شراء الجزء المعين فى العقد لغرض لا يصلح له الجزء الذى وقع فى نصيب البائع، فأجاز له ابطال العقد اذا كان يجهل وقت ابرامه أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، ولم يجز للمشترى ابطال العقد اذا كان يعلم أن البائع لا يملك الجزء المبيع مفرزاً .

وظاهر أن هذا الحكم يختلف عن حكم بيع ملك الغير ، لأن هذا النوع الأخير من البيع يجوز للمشترى ابطاله بقطع النظر عن علمه أو عدم علمه بأن المبيع غير مملوك للبائع . ويمكن تفسير هذ الاختلاف بأن المشرع ، اذ قرر مبدأ الحلول العينى ، قد أزال بذلك السبب الذى من أجله كان هذا التصرف يعتبر وارداً على ملك الغير ، ولا يبقى الا أن يعيب العقد غلط فى المبيع . فاذا كان المشترى عالماً بأن البائع لا يملك الا على الشيوع ، اعتبر الطرفان متفقين على ورود البيع على حصة البائع الشائعة وعلى الجزء المفرز

= الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه بموجب القسمة. ومن ثم فانه لا يكون لمن اشترى جزءاً مفرزاً لم يقع فى نصيب البائع له بموجب القسمة أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة الى ذلك الجزء. ذلك أنه طالما أن القسمة وان كانت لم تسجل تعتبر حجة عليه وترتب انتقال حقه من الجزء المفرز المعقود عليه الى النصيب الذى اختص به البائع له بموجب تلك القسمة » ، وقضت فى حكم آخر بتاريخ ٢ ديسمبر ١٩٦٥ بأنه اذا كان البيع منصباً على جزء مفرز من العقار الشائع وكان سابقا على اجراء القسمة بين الشركاء ، فان المشترى فى هذه الحالة لا يعتبر بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ مدنى ولو سجل عقده قبل تسجيل القسمة شريكا فى العقار الشائع ولا يكون له أى حق من حقوق الشركاء وبالتالى لا يلزم تمثيله فى القسمة. ومتى تمت هذه القسمة بين الشركاء فانها تكون حجة عليه ولو لم يكن طرفا فيها ويترتب عليها فى حقه ما يترتب عليها فى حق المتقاسمين من انهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف الصادر اليه . فاذا وقع القدر المبيع المفرز فى نصيب الشريك البائع خلص له هذا القدر ، وان لم يقع انتقل حقه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى البائع بطريق القسمة (نقض مدنى ٢ ديسمبر ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ـ١١٧٢ـ١٧٤) .

الذى ستتركز فيه هذه الحصة عند القسمة ، وامتنع ابطال العقد لعدم الغلط.
أما اذا كان المشترى يجهل أن البائع لا يملك الجزء المبيع مفرزاً ، فلا يمكن اعتباره راضياً بشراء غير الجزء المعين فى العقد ، ويكون العقد وفقاً للقواعد العامة باطلا بطلاناً مطلقاً للغلط فى ذاتية المبيع لأن البائع يعتبر بحكم القانون أنه قد أراد بيع حصته الشائعة وما ستتركز فيه عند القسمة فى حين أن المشترى قد أراد شراء الجزء المعين فى العقد ، ولكن المشرع قرر بنص المادة ٨٢٦ فقرة ثانية تصحيح هذا العقد الباطل بابدال الجزء الذى وقع فى نصيب البائع بالجزء الذى سمى فى العقد اذا قبل المشترى ذلك[1]. فاذا تمسك المشترى بالبطلان كان ذلك دليلا على عدم قبوله هذا التصحيح ، واذا سكت اعتبر سكوته قبولا ، ونفذ العقد فى الجزء المفرز الذى اختص به البائع عند القسمة .

أما اذا لم يقع فى نصيب الشريك البائع شىء من المال الشائع بل أخذ فى مقابل حصته الشائعة مبلغاً من النقود ، فلا ينطبق حكم المادة ٨٢٦ فقرة ثانية ويعتبر البيع وارداً على ملك الغير ويجوز ابطاله بناء على المادة ٤٦٦ .

وليس شك فى أن حكم المادة ٨٢٦ فقرة ثانية مما يساعد على استقرار المعاملات لأنه يسمح بتفادى البطلان فى كثير من الحالات التى يتصرف فيها الشريك فى جزء مفرز من العين الشائعة لا فى حصته الشائعة ذاتها . غير أنه يؤخذ عليه أنه قرر المبدأ ولم ينظم تطبيقه تنظيما كافياً ، فترك بعض الصعوبات التى يثيرها دون حل ، من ذلك أن المشرع افترض فى الحلول العينى أن الجزء المفرز الذى وقع فى نصيب البائع عند القسمة يعادل فى القيمة الجزء الذى عين فى العقد ، ولا يتحقق ذلك الا اذا كان الشريك البائع قد باع جزءاً مفرزاً يساوى حصته الشائعة كلها دون زيادة أو نقصان وكان الجزء المفرز

---

(١) يراجع فى الفرق بين تصحيح العقد وبين تحول العقد الباطل الى عقد آخر السنهورى فى الوسيط ج١ ص ٥٠١ هامش .

الذى وقع فى نصيبه بالقسمة يساوى أيضاً حصته الشائعة تماما . أما اذا كان الجزء المبيع يزيد أو ينقص عن قيمة الحصة الشائعة أو كان النصيب المقسوم يزيد أو ينقص على قيمة تلك الحصة وان كان هناك معدل للقسمة، كان من الصعب عملياً تطبيق الحلول العينى لصعوبة تعيين القدر الذى يحل فى البيع محل القدر المتفق عليه وأثر زيادة هذا القدر أو نقصه فى الثمن المسمى فى العقد ، كما يبين من عرض بعض هذه الصور .

فاذا كان الجزء المبيع مفرزاً أكثر من قيمة الحصة الشائعة وتمت القسمة دون معدل ، كان النصيب المقسوم كله من حق المشترى ، وجاز له أن ينقص الثمن المسمى بنسبة الفرق بين قيمة الحصة الشائعة وقيمة الجزء المعين فى العقد . وكذلك اذا شمل البيع المال الشائع كله .

واذا أخذ الشريك البائع فى هذا الفرض ذاته معدلا للقسمة ، اختص المشترى بالنصيب المقسوم فى مقابل ما يساويه من الثمن واسترد باقى الثمن أو أعفى منه .

واذا دفع الشريك البائع معدلا للقسمة ، اختص المشترى كذلك بالنصيب المقسوم ووجب تقويم هذا النصيب واجراء المقاصة بينه وبين الثمن المسمى فى العقد بقدر الأقل منهما والزام البائع أو المشترى بالفرق حسب الأحوال.

واذا كان الجزء المبيع مفرزاً أقل من قيمة الحصة الشائعة ، تعين تحديد قدر من النصيب المقسوم يختص به المشترى بدلا من الجزء المسمى فى العقد، ويستوى فى ذلك أن تكون القسمة قد تمت بمعدل أو دون معدل .

ولم يبين المشرع فى المادة ٨٢٦ طريقة تخصيص جزء للمشترى مما وقع بالقسمة فى نصيب البائع ، مع أنه بين فى المادة ١٠٣٩ طريقة تخصيص جزء من العقار المرهون للدائن المرتهن مما وقع فى نصيب الراهن ، فيمكن اتباع الطريقة ذاتها فى حالة البيع ، أى أن يطلب المشترى من القاضى اجراء هذا التخصيص بأمر على عريضة ، ثم يقوم هو بتسجيل هذا الأمر خلال

تسعين يوماً من الوقت الذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة ، فيكون لهذا التسجيل أثر من وقت تسجيل العقد ويترتب عليه أن لا تنفذ فى حقه التصرفات التى صدرت من البائع فى الفترة ما بين تسجيل البيع وتسجيل أمر التخصيص .

ويبين من ذلك أن الأمر يقتضى فى الكثرة الغالبة من الأحوال التى يؤدى فيها مبدأ الحلول العينى الى تفادى بطلان بيع الشريك جزءاً مفرزاً من العين الشائعة تقويم كل من الجزء المبيع مفرزاً والحصة الشائعة والنصيب المقسوم وتحديد حق المشترى فى قدر من النصيب المقسوم يعين على أساس هذا التقويم واجراء تعديل فى الثمن المسمى زيادة أو نقصا وتخويل أحد العاقدين رجوعاً على الآخر بالفرق. وظاهر أن تحقيق ذلك لابد أن يصاحبه فى العمل قيام الكثير من المنازعات وزيادة التعقيد فى المعاملات ، وكان حرياً بالمشرع أن ينظم هذه المسائل العملية بالغة الأهمية .

٣١١ — (ب) حكم هذا التصرف قبل أن تتم القسمة : (١) فيما بين العاقدين — تقدم أن مصير التصرف كان وفقاً للتقنين الملغى والقانون الفرنسى يتوقف على نتيجة القسمة ، فان وقع الجزء المبيع مفرزاً فى نصيب الشريك البائع عند القسمة صح البيع ونفذ ، والا كان حكمه حكم بيع ملك الغير .

وقد حدا ذلك بعض الشراح والمحاكم الى القول بأن هذا البيع مادام معلقا على نتيجة القسمة يكون معلقا على شرط واقف هو وقوع الجزء المفرز فى نصيب البائع عند القسمة . فاذا تحقق هذا الشرط نفذ البيع بأثر رجعى ، والا صار كأن لم يكن. ورتبوا على ذلك أنه لا يجوز للمشترى ولا للبائع من باب أولى أن يطلب ابطال هذا البيع قبل القسمة لأن العقد المعلق على شرط واقف عقد صحيح غير قابل للطعن فيه لمجرد تعليقه على الشرط .

ويعترض على هذا الرأى بأن فيه مغالاة فى تشبيه العقد الصادر من المالك على الشيوع بالعقد المعلق على شرط واقف ، ذلك أن الشرط يتقرر باتفاق الطرفين ويكون أثره الرجعى مبنيا على اتفـــاق الطرفين الضمنى ، ويترتب على تعليق العقـد على الشرط ألا ينتج العقد أى أثر قبل تحقق الشرط . أما توقف مصير بيع الشريك على نتيجة القسمة ، فليس نتيجة لارادة العاقدين بل لتقرير المشرع قاعدة أثر القسمة الكاشف . ومن المسلم أن البيع ينقل فى هذه الحـالة الى المشترى حقوق البائع الشائعة فى الجزء المفرز من وقت ابرامه أو من وقت تسجيله اذا كان المبيـع عقاراً[1] ، فلا يصدق عليه القول بأنه معلق على شرط واقف . هذا فوق أن القول بذلك يترتب عليه من الناحية العملية اطالة تعليق مصير التصرف الى أن تحصل القسمة ، وقد يتأخر حصولهـا زمناً طويلا أو لا يقع أبداً ، فيؤدى ذلك الى عدم استقرار العلاقات .

لذلك قال فريق آخر ان العقد فى هذه الحـالة يكون باتاً وارداً على حصة البائع فى الجزء المفرز المبيع وعلى حصص شركائه أيضا فى هذا الجزء ، أى أنه يرد على مال مملوك للبائع بنسبة حصته الشائعة وعلى مال غير مملوك له فيما يتعلق بحصص شركائه . وبناء على ذلك يجوز للمشترى من وقت ابرام العقد ودون انتظار لنتيجة القسمة أن يطلب ابطال العقد بالنسـبة الى حصص الشركاء فقط أو أن يطلب ابطاله كله لعدم تفرقة الصفقة .

وظاهر أن هذا الرأى أقرب من سابقه الى القواعد العامة وأدعى الى استقرار المعاملات من حيث انه يعجل بالفصل فى صحة التصرف أو عدمه ولا يطيل تعليقه .

وقد أشارت محكمة النقض الى هذا الخلاف فى حكمها الصادر فى ١٦ يونيه

(١) استئناف مصر ٢٤ أبريل ١٩٤٠ المحاماة ٢١ — ٤٦ — ٣١ .

١٩٣٢ حيث قالت « انه وان اختلف الفقه والقضاء في حكم بيع الشريك جزءا مفروزا من مال مشاع ، هل يقع صحيحا في حصة البائع منه وباطلا في حصص شركائه ، أم يقع موقوفاً على نتيجة القسمة بين جميع الشركاء ، فانما وقع اختلافهم هذا في تقدير حكم هذا العقد بين عاقديه . فمن ذهب الى اعتباره باطلا جعل للمشترى حق ابطاله من يوم العقد لما فيه من تفريق الصفقة عليه . ومن رأى أنه بيع موقوف لم يجعل للمشترى سبيلا على البائع الا بالقسمة وبخروج المبيع من حصة بائعه. أما في تقرير حكم العقد في علاقة المشترى مع من يدعى استحقاق المبيع لنفسه ... فلا خلاف في أنه ...[1] »

هذا في ظل التقنين الملغى . فهل حسم التقنين الحالى هذا الخلاف ؟

يبدو أول الأمر أن المادة ٨٢٦ اذ نصت على حق المنصرف اليه حسن النية في ابطال العقد بعد حصول القسمة وعدم وقوع الجزء المفروز الذى ورد عليه التصرف في نصيب البائع ، وسكتت عن حقه في الابطال فيما قبل القسمة ، قد اعتمدت الرأى القائل في ظل التقنين الملغى بعدم جواز الابطال قبل القسمة .

ولكن امعان النظر في تاريخ هذا النص يبين أن المشرع لم يقصد به قط هذه النتيجة ، وانما قصد فقط تقرير مبدأ الحلول العينى علاجاً للمضار التى تترتب على أثر القسمة الكاشف بعد وقوع القسمة .

وظاهر أن الحلول العينى لا يتضح أثره الا بعد القسمة . أما قبل ذلك وما دام الشيوع قائماً ، فان كل واحد من الشركاء يملك حصته شائعة في كل جزء من المال الشائع ، واذا باع أيهم جزءا مفروزا فانما يبيع بذلك فوق حصته الشائعة في هذا الجزء حصص شركائه فيه أيضاً ، ويعتبر البيع وارداً

---

(١) نقض مدنى ١٦ يونيه ١٩٣٢ المحاماة ١٣ — ١٦١ — ٦٤ .

على ملكه فيما يتعلق بحصته وعلى ملك الغير فيما يتعلق بحصص شركائه :
فيجوز للمشترى ، سواء علم بأن البائع لا يملك المبيع مفروزا أو لم يعلم ،
أن يطلب قبل القسمة ابطال البيع فيما يتعلق بحصص الشركاء على الأقل
وفقاً للمادة ٤٦٦ أو يبطله كله لعدم تفريق الصفقة . ومما يعزز القول بذلك
أن المادة ٨٢٦ اعترفت للمتصرف اليه حسن النية بحق ابطال التصرف بعد
القسمة، فلا بد أن يكون البطلان قائماً من قبل القسمة اذ لا يتصور أن تجعل
القسمة العقد الصحيح ينقلب باطلا ، وانما يتصور العكس أى أن تجعل
القسمة العقد القابل للابطال عقداً صحيحاً أو أن تحد من امكان ابطاله ،
فيتصور أن يرتب المشرع عليها وعلى تقرير مبـدأ الحلول العينى سلب
المشترى الذى كان يعلم أن البائع لا يملك المبيع مفروزا حقه فى ابطال البيع ،
باعتبار أن تقرير الحلول العينى يزيل عيب بيع ملك الغير ، ولكن لا يتصور
أن يرتب عليهما سلب المشترى الذى كان يجهل حالة الشيوع حقه فى ابطال
البيع للغلط فى المبيع اذ أن تطبيق الحلول العينى لا يلغى وقوع المشترى
فى ذلك الغلط .

فيخلص من ذلك أن بيع الشريك حصة مفروزة يكون حكمه قبل القسمة
حكم بيع ملك الغير فيما يتعلق بحصص الشركاء الآخرين على الأقل ، فيجوز
للمشترى ابطاله سواء كان عالما بالشيوع أو غير عالم ، ولكن يشترط
فى الحالة الأولى أن يطلب المشترى ابطال البيع قبل حصـول القسمة ،
والا سقط حقه فى ذلك خلافا للمشترى حسن النية . وليس للبائع بمقتضى
أحكام بيع ملك الغير أن يطلب ابطال العقد بأى حالة . غير أنه اذا رفع
المشترى دعوى صحة العقد ونفاذه ، لم يجز الحكم له بذلك لأننا رأينا أن من
شروط هذه الدعوى أن يكون العقد صحيحاً وأن يكون تنفيذ التزام البائع
بنقل الملكية ممكنا ، وفى حالتنا يتعذر نقل ملكية حصص سائر الشركاء
فى المال الشائع الى المشترى فيمتنع الحكم له بصحة العقد ونفاذه الى ان

تحصل القسمة[1] .

أما بعد القسمة ، فان وقع المبيع فى نصيب البائع صح البيع ونفذ . وان وقع غيره فى نصيب البائع ، وجب أن نفرق بين المشترى العالم بالشيوع والمشترى غير العالم وكان للأخير دون الأول حق الابطال .

٣١٢ — (٢) **بالنسبة الى شركاء البائع** — قبل القسمة يكون التصرف الوارد على الحصة المفروزة نافذا فى حق شركاء البائع فيما يتعلق بحصة الأخير وغير نافذ فى حقهم فيما يتعلق بحصصهم ، فيترتب عليه أن يحل المشترى فى الجزء المفروز محل البائع اليه فتكون له حصته الشائعة فيه ، ويعتبر هو لا البائع شريكا لسائر الشركاء ، له ما لهم وعليه ما عليهم . ولذلك لا يجوز لهم أن ينزعوا منه هذا الجزء ولا أن يرفعوا عليه دعوى الاستحقاق ، لأن ذلك يقتضى أن تكون الملكية خالصة لهم وأن لايكون للمشترى أى نصيب فيها . وهذا لن يتحقق الا بتمام القسمة ووقوع الجزء المبيع مفروزا فى نصيب غير البائع والمشترى . ولذلك قضت محكمة النقض بأنه فى تقرير حكم العقد فى علاقة المشترى مع من يدعى استحقاق المبيع لنفسه ، سواء أكان هذا المدعى شريكا فى المال المشاع ، أم متلقيا ملكه من شريك فيه على المشاع ، لا خلاف فى أنه ليس للمستحق أن يدعى الاستحقاق فى المبيع الا بعد قسمة المال الشائع ووقوع المبيع فى نصيبه هو لا فى نصيب البائع الى ذلك المشترى . وكل ادعاء منه قبل ذلك يكون سابقاً لأوانه خليقاً بأن تحكم

---

(١) فى هذا المعنى نقض مدنى ٢ ديسمبر ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ — ١١٧٢ — ١٨٤ وقد جاء فيه أنه « لايجوز الحكم للمشترى بصحة ونفاذ البيع عن قدر مفرز اذا كان المبيع شائعا ما لم يثبت حصول قسمة نافذة ووقوع القدر المبيع فى نصيب البائع له . فتضى هذه القسمة ، ذلك أن البائع له لم يكن يملك وضع يده مفرزاً على حصته قبل حصول القسمة الا برضاء باقى الشركاء جميعاً ولا يمكن أن يكون للمشترى حقوق أكثر مما كان لسلفه ولأن القضاء بالتسليم فى هذه الحالة يترتب عليه افراز جزء من المال الشائع بغير الطريق الذى رسمه القانون .

المحكمة فيه بعدم قبوله أو برفضه(١) .

ولكن ذلك لا يمنع الشركاء من مطالبة المشترى بأن يتفق معهم على كيفية الانتفاع بالجزء الذى ورد عليه البيع باعتبارهم شركاء فيه على الشيوع(٢) ومن مطالبتهم اياه بقسمة هذا الجزء اتفاقا أو قضاء .

ومن المسلم أن عقد المشترى يعتبر سبباً صحيحاً يسمح له متى حاز المبيع بحسن نية أن يتملكه بالتقادم القصير أى بمضى خمس سنوات(٣) .

أما بعد القسمة فيختص كل من الشركاء بما وقع فى نصيبه ، ولا يأخذ المشترى الا نصيب البائع اليه فى حدود ما اشتراه منه ، ولا يكون له اذا لم يقع الجزء المفروز الذى اشتراه فى نصيب البائع اليه بموجب القسمة أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة الى ذلك الجزء ذاته طالما أن القسمة وان كانت لم تسجل تعتبر حجة عليه وترتب انتقال حقه من الجزء المفروز المعقود عليه الى النصيب الذى اختص به البائع اليه بموجب تلك القسمة(٤)

٣١٣ — ما يتقيد به المالك على الشيوع عند التصرف فى مفرز بعد اجراء القسمة وقبل تسجيلها — متى تمت القسمة أحدثت أثرها فيما بين المتقاسمين

---

(١) نقض مدنى ١٦ يونيه ١٩٣٢ المحاماة ١٣ـ١٦١ـ٦٤ ، نقض مدنى ٢٨ يونيه ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ـ ٧٦٠ ـ ١٠٧ ، ٣٠ يونيه ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ ـ ١٣٤١ ـ ١٨٠ .

(٢) استئناف مصر ٢٤ أبريل ١٩٤٠ المحاماة ٢١ـ٤٦ـ٣١ .

(٣) نقض ١٦ يونيه ١٩٣٢ المشار اليه آنفاً ، وأيضا نقض مدنى ١٦ أكتوبر ١٩٥٨ المحاماة ٣٩ـ٨٦٤ـ٢٩٩ مجموعة أحكام النقض ٩ـ٦٥٥ـ٨٢ وقد جاء فيه أن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أنه اذا باع الشريك المشتاع جزءاً مفرزاً محدوداً فان بيعه يصلح لأن يكون سببا صحيحاً يتملك به المشترى المبيع بوضع اليد عليه خمس سنوات متى توفر حسن النية ، ذلك أن هذا البيع ينقل الملك بطبيعته ولذاته وبصرف النظر عن كون البائع مالكا للمبيع كله أو بعضه. قارن عكس ذلك البدراوى س ١٩٤٠ نبذة ١٣٣ .

(٤) نقض مدنى ٢ أبريل ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ـ٥٠٣ـ٨١ .

دون توقف على شهرها ، لأنها من العقود المقررة التى لا يلزم فيها الشهر الا للاحتجاج بها على الغير .

ومؤدى ذلك أن القسمة تنتج أثرها فيما بين المتقاسمين الذين اشتركوا فيها دون حاجة الى شهرها[١] أى أن كلا من المتقاسمين يصبح فى علاقته بسائر المتقاسمين مالكا دون غيره الجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه ، وذلك بأثر رجعى يستند الى تاريخ بدء الشيوع .

فاذا أراد أحدهم أن يتصرف فى حقه تعين عليه أن يقصر تصرفه على النصيب المفروز الذى خصه بموجب القسمة ، لأنه اذا تصرف فى جزء مفروز جعلته القسمة من نصيب غيره ، كان تصرفه وارداً على ملك الغير ، وعاجزاً بالتالى عن أن ينقل الى المتصرف اليه الحق موضوع التصرف ، وجاز للمتقاسم الذى ورد التصرف على ملكه التمسك بعدم نفاذ هذا التصرف فى حقه ، وللمتصرف اليه طلب ابطال التصرف .

وعلى ذلك فاذا تصرف الشريك المتقاسم بعد القسمة وقبل تسجيلها فى الجزء المفروز الذى آل اليه بموجب القسمة ، كانت القسمة حجة على المتصرف اليه ولم يجز له أن يتحلل منها بحجة عدم تسجيلها[٢] ، اما على أساس أنه لا يعتبر من الغير فى حكم المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى لأنه قد تلقى حقه على أساس القسمة التى تمت لا على أساس أن الشيوع ما زال قائماً ، واما على أساس أنه بشرائه الجزء المفروز الذى اختص به الشريك البائع بمقتضى القسمة غير المسجلة يكون قد ارتضاها[٣] .

---

(١) نقض مدنى ٢٤ فبراير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ـ١٢ ٤ـ٥٨ .

(٢) ومن باب أولى يكون الأمر كذلك اذا حصل التصرف بعد تسجيل القسمة ، ولا يثير ذلك حينئذ أى صعوبة .

(٣) نقض مدنى ١٥ يناير ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ ـ٣ـ ٤ ـ ٩، وأيضاً نقض مدنى ٢ ديسمبر ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ـ١١٢٢ـ٤ـ١٥ .

أما اذا تصرف فى جزء مفروز غير الجزء الذى وقع فى نصيبه بمقتضى القسمة غير المسجلة ، فان المتصرف اليه لا يتلقى حقه على أساس القسمة ، اذ هو قد أنكرها بشرائه ما لم تخصصه للبائع اليه ، وانما على أساس أن الشيوع ما زال قائما رغم اجراء القسمة ، ومن ثم فانه اذا سجل عقده قبل تسجيل القسمة يعتبر من الغير ولا يحتج عليه بالقسمة التى تمت ويكون له اذا لم يرتضها أن يطلب اجراء قسمة جديدة[1] .

وكذلك من باب أولى اذا تجاهل أحد المتقاسمين القسمة وتصرف فى حصته شائعة بالرغم من حصول القسمة غير المسجلة ، فان المتصرف اليه يعتبر متى قام بشهر تصرفه قبل شهر القسمة غيراً بالنسبة اليها ، فلا يجوز الاحتجاج بها عليه ، ويحل محل سلفه فى حقوقه الشائعة ويصبح شريكا فى العقار الشائع وبالتالى صاحب شأن فى قسمة العقار ، ويكون له أن يطلب اجراء قسمة جديدة يشترك هو فيها .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه اذا اشترى من أحد الشركاء نصيبه أو بعضه شائعا وسجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة اعتبر المشترى من الغير ، وبالتالى لا يحتج عليه بهذه القسمة ، يستوى فى ذلك أن يكون شراؤه سابقاً على اجراء القسمة أم لاحقا لها ، ويصبح فى الحالين شريكا فى العقار الشائع بقدر الحصة التى اشتراها ، ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن فى القسمة التى تجرى بخصوص هذا العقار قضاء أو اتفاقا ، وله أن يطلب اجراء قسمة جديدة اذا لم يرتض القسمة التى تمت دون أن يكون طرفا فيها[2] .

---

(١) و(٢) نقض مدنى ٢ ديسمبر ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ – ١٢٢٢ – ١٨٤ .

الفصل الثالث

بيع الحقوق المتنازع عليها

٣١٤ – *تعريف بيع الحقوق المتنازع فيها وحكمه* – يعتبر البيع واردا على حق متنازع فيه اذا كان محله مجرد ادعاء حق شخصي أو حق عيني أو كان موضوع الحق المبيع قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدى (المادة ٤٦٩ فقرة ثانية مدنى) .

وقد تقدم أن الحقوق المتنازع فيها لا يجوز للقضاة وأعوانهم شراؤها اذا كان الفصل فى المنازعات المتعلقة بها من اختصاص المحاكم التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها (المادة ٤٧١ مدنى) ،وأنه لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم فى هذه الحقوق اذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها (المادة ٤٧٢ مدنى) .

ويترتب على أن المبيع مجرد ادعاء حق أو أنه حق رفعت به دعوى أو قام بشأنه نزاع جدى ، أن المشترى يكون ساقط الخيار لأنه قبل ان يخاطر بما يبذله فى البيع من ثمن وأن البائع لا يكون ملزماً بضمان التعرض والاستحقاق(١) (فى هذا المعنى المادة ٤٤١/٣٥٣ مدنى قديم) . والغالب أن يكون الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً ، فيتبع فى بيعه أحكام حوالة الحقوق . غير أن المشرع قد رتب حكما خاصا على كون المبيع متنازعا فيه اذ نص فى المادة ٤٦٩ فقرة أولى مدنى على أنه « اذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل الى شخص آخر ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة اذا هو رد الى المتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من

---

(١) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط ج٤ نبذة ٢٠٣ . . . [illegible]

وقت الدفع » ، أى أنه جعل للمتنازل ضده عن الحق المتنازع فيه رخصة التخلص من هذا الحق فى مقابل رده الى المتنازل اليه الثمن الذى دفعه وملحقاته.

فاذا كان الحق المبيع حقاً شخصيا فان المدين به يجوز له أن يتخلص من هذا الدين بأن يحل محل المشتري فى شرائه فيصبح دائنا ومدينا لنفسه فينقضى دينه باتحاد الذمة . واذا كان المبيع حقاً عينياً فان استرداده يكون شراء فيه معنى الصلح بين الطرفين اللذين نشأ النزاع بينهما قبل بيع الحق المتنازع فيه .

وحكمة الترخيص للمتنازل ضده باسترداد الحق المبيع من المتنازل اليه، هى الرغبة فى منع المضاربة وفى وضع حد للمنازعات ، اذ أن من يشترى حقاً متنازعا عليه يغلب فيه أن يكون مضارباً على احتمال كسب الدعوى المتعلقة بهذا الحق ، وليس هذا النوع من المضاربة مما يستحق التشجيع ، بل بالعكس من ذلك تجب محاربته لأن من شأنه أن يوسع المنازعات وأن يدخل فيها عناصر غريبة عنها لا هم لها الا الربح منها . وليس أجدى فى محاربتها وقصر شرها من الترخيص لكل من طرفى المنازعة ببيع حقه والترخيص للطرف الآخر الذى لم يبع حقه بأن يسترد من المشترى الحق المبيع وأن يحل فيه محله، فيضع بذلك حداً للمنازعة(١) .

٣١٥ — متى يجوز استرداد الحق المتنازع فيه — فى القانون الفرنسى لا يجوز استرداد الحق المبيع الا اذا كان موضوع هذا الحق قد رفعت به فعلا دعوى أمام القضاء (المادة ١٧٠٠ مدنى فرنسى) . أما فى القانون المصرى ، فقد نصت المادة ٤٦٩ مدنى على جواز استرداد الحق المبيع اذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو اذا قام فى شأنه نزاع جدي ، أي أنها لم تقصر حق المتنازل ضده فى استرداد الحق المتنازل عنه على الحالة التى يكون فيها هذا الحق الأخير محل دعوى مرفوعة فعلا ، بل أجازت الاسترداد

---

(١) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ٤ نبذة ٤٠٦ ، بودرى لاكانتينرى وسنيا نبذة ٩١٤ ص ٩٣٤ .

لمجرد قيام نزاع جدى فى شأن الحق المتنازل عنه . ويشترط فى هذا النزاع ان يكون متعلقا بموضوع الحق بالذات ، أى بنشوء الحق أو بانقضائه أو بعدمه أو بمقداره أو بدفع موضوعى يرمى الى ابطال الحق او انقضائه(١) .

على أنه لا يجوز الاسترداد ولو كان الحق المتنازل عنه محل دعوى مرفوعة فعلا أو محل نزاع جدي في الأحوال الآتية :

(١) اذا كان المشترى غير عالم وقت البيع بالنزاع المتعلق بالحق المبيع ، لأنه فى هذه الحالة تنتفى عنده فكرة المضاربة علة تشريع حق الاسترداد(٢).

(٢) اذا كان النزول عن الحق دون مقابل ، اذ اشترطت المادة ٤٦٩ فقرة أولى فى جواز الاسترداد أن يكون النزول عن الحق المتنازع فيه حاصلا بمقابل(٣) ، أما اذا كان حاصلا على سبيل التبرع فلا يجوز فيه الاسترداد لانعدام الحكمة منه، حيث ان التبرع ينفى فكرة المضاربة التى شرع الاسترداد لمحاربتها(٤)، الا اذا كانت هبة الحق المتنازع فيه بعوض وكان هذا العوض يبلغ من الأهمية ان يجعل النزول عن هذا الحق بمقابل ، فيجوز فيه الاسترداد(٥).

---

(١) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط ج ٤ ص ١٩٨ هامش ٣ ، نقض مدنى ٧ أبريل ١٩٣٨ فهرس أحكام النقض فى ٢٥ سنة ص ٣٦٨ نبذة ١٣٨ ، أوبرى ورو ج ٥ نبذة ٣٥٩ رابعاً ص ١٧٨ .

(٢) انظر المذكرة الايضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٠٤ ، ونقض مدنى ٢٦ أبريل ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية ١–٣٨٩–١٧٨ ، وفى هذا المعنى منصور نبذة ١١٨ ص ٢٧٠ ، اسماعيل غانم ص ٢٢٨ ، لبيب شنب نبذة ٢٣٥ ص ٢٨٤ ، وعكس ذلك السنهورى فى الوسيط ج٤ ص ١٩٩ هامش ٣ .

(٣) يرى البعض أنه يجب أن يكون التصرف فى الحق المتنازع فيه بيعا (البدراوى نبذة ٤٠٦ ص ٥٩٣) ، ولكن الراجح أنه يكفى أن يكون التصرف بمقابل ولو لم يكن بيعا كالمقايضة والهبة بعوض (انظر منصور نبذة ١١٨ ص ٢٦٨ ، اسماعيل غانم ص ٢٨٠ ، لبيب شنب ص ٢٨٥) ، وهذا الرأى الأخير للسنهورى ولكنه يشترط أن يكون المقابل نقداً أو أشياء مثلية (الوسيط ج٤ نبذة ١٠٥ ص ٢٠٠) .

(٤) أنور سلطان ص ٤١٩ هامش ١ ، امام ص ٤٧٦ نبذة ٢٩٠ ، منصور نبذة ١١٨ ص ٢٦٨ ، اسماعيل غانم ص ٢٢٩ ، لبيب شنب نبذة ٢٣٥ ص ٢٨٥ .

(٥) السنهورى فى الوسيط ج٤ ص ٢٠٠ .

(٣) اذا كان الحق المتنازل فيه داخلا ضمن مجموعة أموال بيعت جزافا بثمن واحد كما فى بيع التركة ، فان الحق المتنازع فيه يفقد ذاتيته فى هذه الحالة وتنعدم بشأنه فكرة المضاربة .

(٤) اذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه الى الآخر، اذ يغلب فى هذه الحالة أن يكون دافع المشترى الى الشراء اضطراره الى ذلك بحكم اشتراكه فى الميراث أو فى الشيوع حتى يمنع دخول شريك جديد معه ويقلل عدد شركائه وفرص الخلاف فى شأن المال الشائع، فتكون فكرة المضاربة منعدمة .

(٥) اذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء للدين المستحق فى ذمته ، فان البيع يكون فى هذه الحالة وفاء بمقابل فتنعدم فيه فكرة المضاربة اذ أن المتنازل اليه يقصد أن يستوفى حقه أكثر من أن يشترى حقاً متنازعا فيه.

(٦) اذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقاراً مرهوناً تأميناً له وبيع العقار الى آخر ثم اشترى هذا الأخير الحق المتنازع فيه ، فان حائز العقار، أى مشترى العقار المرهون ، يكون فى هذه الحالة متقياً شراً أكثر منه مضارباً[1] .

وقد نصت على أربع الحالات الأخيرة المادة ٤٧٠ مدنى .

٣١٦ — *كيف يكون الاسترداد* — يتم استرداد الحق المتنازع فيه باعلان المتنازل ضده رغبته فى الاسترداد ، سواء كان ذلك بعمل قضائى أو بعمل غير قضائى .

---

(١) ولا محل لاسترداد الحق المبيع المتنازع فيه اذا بيع لأحد رجال القضاء أو أعوانهم خلافاً للحظر الوارد فى المادة ٤٧١ مدنى ، اذ فى هذه الحالة يقع البيع باطلا ، أى أنه يعتبر كأن لم يكن ، فيفقد الحق فى الاسترداد أهم شروطه وهو وجود بيع صحيح على الحق المتنازع فيه (فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ٤ بند [illegible]) .

فاذا كان الحق المتنازع فيه محل دعوى مرفوعة على المتنازل ضده ، جاز لهذا أن يتقدم فى تلك الدعوى بطلب استرداد الدين ، على أن يوجه الطلب الى المتنازل اليه ان كان ماثلا فى الدعوى أو يدخله فيها لتوجيه هذا الطلب اليه . فان لم تكن الدعوى قد رفعت أو كانت قد رفعت وصدر فيها حكم لم يحز بعد قوة الأمر المقضى، جاز للمتنازل ضده توجيه طلب الاسترداد الى المتنازل اليه فى دعوى يرفعها عليه ابتداء فى الحالة الأولى أو بسلوك سبيل الطعن فى الحكم الابتدائى فى الحالة الثانية[1] .

ويجوز طلب الاسترداد فى أى وقت طالما أن الحق المتنازع فيه لم يفصل فيه بحكم نهائى.

وقد نصت المادة ٤٦٩ فقرة أولى مدنى على أن للمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة اذا هو رد الى المتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع. وكانت المادة ٤٤٢/٣٥٦ مدنى قديم تنص على أنه يجوز للمدين أن يتخلص من الدين المبيع بدفعه للمشترى الثمن الحقيقى الذى اشترى به وفوائده والمصاريف المنصرفة ، وقد استنبط البعض من ذلك أن الاسترداد لا يتم الا اذا دفع المشترى فعلا الثمن وملحقاته أو على الأقل اذا عرض هذه المبالغ عرضاً حقيقياً أتبعه بايداعها ، ولكن الرأى الذى رجح فى هذا الشأن كما فى شأن استرداد المبيع وفاء أنه يكفى اعلان الرغبة فى الاسترداد مع ابداء الاستعداد لدفع المبالغ المطلوبة . ولكن القانون الحالى قد حسم هذا الخلاف بأخذه صراحة بالرأى العكسى حيث نص على أن تخلص المتنازل ضده من المطالبة بالحق المتنازع فيه لا يتم الا اذا رد هذا الأخير الى المتنازل له الثمن والمصروفات والفوائد . فيتعين أن يرد المدين

(١) واذا كان المتنازل اليه قد نزل بدوره الى آخر عن الحق المتنازع فيه فيكون توجيه طلب الاسترداد الى هذا الآخر الذى انتقل اليه الحق بالتنازل الثانى .

الى المتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه هذا فى مقابل التنازل . فاذا ثبت أن الثمن الذى ذكر فى التنازل ثمن صورى أى أن الطرفين لم يقصدا أن يدفعه المتنازل له الى المتنازل وانما قصدا أن يدفع مبلغاً أقل منه ، فلا يلزم المتنازل ضده أن يرد الا هذا المبلغ الأخير الذى يمثل الثمن الحقيقى للتنازل . ويتعين أن يدفع المتنازل ضده الى المتنازل اليه الفوائد القانونية (بسعر ٤٪ فى المواد المدنية أو ٥٪ فى المواد التجارية) من الوقت الذى دفع فيه هذا الأخير الثمن الحقيقى .

يضاف الى ذلك مصروفات التنازل عن الحق المتنازع فيه كرسوم العقد الرسمى أو رسوم التصديق على الامضاءات ورسوم التمغة وأتعاب السمسرة واتعاب المحامى الذى تولى عقد التنازل الخ[1] .

ولا يتم الاسترداد الا اذا دفع المتنازل ضده هذه المبالغ جميعاً أو قام بعرضها عرضا حقيقياً طبقاً لأحكام قانون المرافعات . أما اكتفاؤه بابداء رغبته فى الاسترداد واستعداده لدفع المبالغ المذكورة فلا يفيد ولا يغنى عن دفعها فعلا .

٣١٧ — **آثار استرداد الحق المتنازع فيه** — يترتب على الاسترداد أن يحل المسترد محل المتنازل اليه فى الصفقة التى عقدها هـــذا مع المتنازل ، ويكون حلوله بأثر رجعى ، فيعتبر المسترد متلقياً الحق المتنازل عنه مباشرة من المتنازل ويعتبر المسترد منه أنه لم يملك هذا الحق فى أى وقت من الأوقات . ويترتب على ذلك النتائج الآتية :

---

(١) واذا قدم طلب الاسترداد بعد تنازل المتنازل اليه الأول الى آخر ووجه الى هذا الأخير تعين على المسترد أن يرد الثمن الذى بذله هذا بقطع النظر عن الثمن الذى دفعه المتنازل اليه الأول ، وكذلك مصروفات التنازلين وفوائد المبالغ التى دفعها المتنـــازل اليه الثانى من وقت دفعها .

(١) فى العلاقة ما بين المسترد والمسترد منه يحل الأول محل الثانى فى الصفقة دون أن يعتبر خلفاً له ، فلا تنفذ قبل المسترد تصرفات المسترد منه فى الحق المتنازل عنه فى الفترة ما بين البيع والاسترداد ولا الحجوز الموقعة على هذا الحق فى ذمة المسترد منه[1] ، ويجب على المسترد أن يرد الى المسترد منه ثمن البيع وملحقاته اذا كان المسترد منه قد دفع الثمن الى البائع ، والا جاز للمسترد أن يدفعه مباشرة الى البائع على أن يكون ذلك فوراً .

(٢) وفى العلاقة مابين المسترد والبائع يكون للأخير حسب الرأى الراجح اذا لم يكن قد قبض ثمن البيع من المسترد منه أن يطالب المسترد مباشرة بهذا الثمن أى أنه تكون له دعوى مباشرة قبل المسترد ، لأن هذا لا يعتبر خلفاً خاصا للمسترد منه وتصبح العلاقة مباشرة بينه وبين البائع[1] ، ويكون البائع ملزماً بالضمان قبل المسترد لا قبل المسترد منه اذا كان عقد البيع يلزمه بالضمان ، كما لو كان البائع دائنا ظاهراً أو وارثا ظاهراً ثم طالب الدائن أو الوارث الحقيقى بالحق المتنازع فيه بعد التنازل عنه وحصول الاسترداد .

(٣) وفى العلاقة ما بين البائع والمسترد منه يجوز للأخير اذا لم يكن قد دفع الثمن أن يدخل البائع فى دعوى الاسترداد وأن يطلب فى مواجهته تقرير براءة ذمته من الثمن وانتقال الالتزام به الى ذمة المسترد . فان لم يدخله فى الدعوى ، بقى البائع دائنا للمسترد منه بالثمن المتفق عليه وجاز له مطالبته به دون المسترد .

---

(١) فى هذا المعنى كولان وكابيتان الطبعة الثامنة جـ٢ نبذة ٦٢٥ ص ٥٦٧ .

الفصل الرابع

بيع التركات

٣١٨ – تعريف بيع التركات وبيان صفته الاحتمالية – يعتبر البيع وارداً على تركة أو على استحقاق فى تركة اذا باع الوارث الذى آلت اليه كل التركة أو بعضها الى وارث آخر أو الى أجنبى عن التركة جميع حقوقه فيها. فان باع الوارث نصيبه كله فى التركة الى باقى الورثة، كان ذلك تخارجاً من التركة لصالح أولئك الورثة[1].

والمفروض فى هذا البيع أن التركة حاضرة لا مستقبلة أى أن البيع حاصل بعد وفاة المورث لا قبله لأن بيع تركة انسان على قيد الحياة باطل لوروده على تركة مستقبلة (المادة ١٣١/٢ مدنى).

والمفروض كذلك أن فى التركة بعض الحقوق على الأقل[2]، لأنه اذا لم يكن فيها غير الديون فلا محل لبيعها. ولا يكون البيع وارداً على هذه الحقوق بذواتها ولكنه يشملها فى جملتها باعتبارها هى والديون التى على التركة مجموعة قانونية واحدة.

---

(١) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى أن بيع الوارث نصيبه من التركة هو بيع لمجموع من المال، بما يشتمل عليه من حقوق وديون. وهو أعم من التخارج المعروف فى الشريعة الاسلامية، فان التخارج مقصور على بيع الوارث نصيبه لباقى الورثة. أما هذا البيع فقد يكون لوارث أو لغير وارث (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٠٧).

(٢) وفى هذا يختلف بيع التركة عن التخارج فى الشريعة الاسلامية. أنظر نقض مدنى ١٤ ديسمبر ١٩٤٩ فهرس أحكام النقض فى ٢٥ سنة ص ٢٠٠٧ نبذة ٤٢ وقد جاء فيه أنه « وان كان حكم الشريعة يقضى ببطلان التخارج اذا كان فى التركة ديون على الغير، الا أن القانون المدنى لم يأخذ بذلك، فانه قد نص صراحة فى المادة ٤٧٣ مدنى (القديم) على أن بيع الاستحقاق فى التركة أو (التخارج) يشتمل حتما على بيع ما لها من الديون.

فاذا كانت على المورث ديون ، فان مبدأ لا تركة الا بعد سداد الديون يقضى بأن الوارث لا يتملك اى حق من حقوق المورث قبل سداد الديون وما يقتضيه ذلك من تصفية بعض الأموال، أى أن الوارث لا تكون له فى أثناء ذلك الا حقوق احتمالية تتوقف على نتيجة التصفية . غير أن هذه الحقوق الاحتمالية يجوز له بيعها . ويكون البيع فى هذه الحالة ذا صبغة احتمالية بارزة[1].

ويكون البيع احتمالياً أيضاً ولو تم بعد التصفية أو كان وارداً على تركة خالية من الديون ، لأن بيع التركة لا يقتضى بيان عناصرها المكونة لها على سبيل الحصر . اذ هو يشمل كل مايدخل فى التركة ولو كان دخوله فيها غير معلوم بصفة مؤكدة وقت البيع .

٣١٩ — *محل بيع التركة* — يرد بيع التركة أو بيع الحصة الشائعة فى التركة على كافة حقوق المورث وديونه التى خلفها وقت موته ، ما عدا الأشياء المتعلقة بشخصه كالصور والتذكارات العائلية والأوسمة والنياشين الخ، ولو تم البيع بعد حدوث تغييرات فى محتويات التركة زيادة أو نقصا . فاذا كان البائع قد استوفى بعض حقوق التركة قبل البيع أو سدد بعض ديونها ، فان بيع التركة يشمل هذه الحقوق والديون، ويتعين على البائع أن ينقل الى المشترى ما بقى أن حصله ويحق له أن يتقاضاه ما يكون قد سدده من ديون التركة .

غير أنه يجوز للمتعاقدين أن يتفقا صراحة أو ضمنا على اخراج أى عنصر من عناصر التركة من البيع المذكور . ولا شك فى أنهما فى هذه الحالة سيراعيان ذلك فى تقدير الثمن ، فيجوز مثلا أن يتفقا على أن يحتفظ البائع بما حصله من حقوق التركة أو بما قبضه من ثمارها أو بثمن ما باعه من أموالها

(١) المذكرة الايضاحية فى الموضع السابق ، منصور نبذة ١٢٦ ص ٢٨٦ ، لبيب شنب نبذة ٢٤٨ ص ٣٠٢ .

أو على أن لا يرد قيمة ما تبرع به من أموالها[1] .

٣١٩ — آثار بيع التركات : (أ) فيما بين العاقدين — يترتب على بيع التركة فيما بين العاقدين: (أولا) نقل الحقوق الداخلة فى التركة من البائع الى المشترى ، و (ثانيا) التزامات على البائع وأخرى على المشترى .

٣٢٠ — (١) انتقال حقوق التركة الى المشترى — ولأن هذا البيع وارد على التركة كلها أو على حصة شائعة منها باعتبارها مجموعا من الأموال ، فانه ينقل بذاته ملكية التركة أو الحصة المبيعة الى المشترى من وقت انعقاده ، فيحل المشترى محل الوارث البائع فى حقه فى تلك التركة كمجموعة من الأموال[2] دون أن يحله محله فى صفة الوراثة لأن هذه الصفة مما يتصل بالشخص ولا يرد عليها التعامل[3]. فيصبح من يشترى حصة فى تركة شريكا لباقى الورثة فى مجموع هذه التركة دون حاجة فى ذلك الى أى أجراء خاص كالتسجيل بالنسبة للعقارات أو اعلان الحوالة بالنسبة للحقوق الشخصية .

ويترتب على ذلك أن المشترى يصبح صاحب حق فى التركة بنسبة النصيب

---

(١) استئناف مصر ١٩ فبراير ١٩٣٠ المحاماة ١٠ — ١ — ٨٥ — ٤٢٩ .

(٢) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ١٣١ ص ٢٤٣ . ويعترض الأستاذ ليب شنب على ذلك ويرى فيه تعارضاً مع القول بأن الملكية لاتنتقل فى كل حق على حدة الا باتخاذ الاجراءات التى يتطلبها القانون لذلك ، اذ أن ذلك يجعل انتقال التركة بمجرد العقد عديم الفائدة ، ويقول ان التركة لاقيمة لها الا بالأموال التى تدخل فى تكوينها ، فاذا كانت هذه الأموال لا تنتقل الى المشترى ، فما قيمة انتقال التركة ؟ (لبيب شنب نبذة ٢٠٠ ص ٣٠٥).

ونحن لا نرى وجها للاعتراض على ما بيناه فى المتن. وقد أوضحنا فيما يلى ثمرة القول بأن التركة أو الحصة المبيعة تنتقل من البائع الى المشترى بمجرد العقد ، فوق ان هذا القول فى ذاته هو الذى يتفق مع المبادىء العامة .

(٣) السنهورى فى المرجع السابق ص ٢٤٣ هامش ٢ . فاذا كان المورث قد رتب حقوقا للوارث بصفته وارثا ولكنه جعلها تنشأ مباشرة فى ذمة الوارث دون أن تمر بذمته هو كما فى الاشتراط أو التأمين لمصلحة الوارث . فان هذه الحقوق تبقى للوارث بالرغم من بيعه التركة أو نصيبه فيها لأنها لاتعتبر جزءاً من التركة وان ثبتت للوارث بصفته وارثا (انظر السنهورى فى المرجع السابق ، البدراوى نبذة ٤١٤ ص ٦٠٤) .

الذى اشتراه، فيلزم اشتراكه أو تمثيله فى كل دعوى يرفعها دائن المورث على الورثة أو يرفعها الورثة على مدين المورث وذلك لأنه صار بالبيع خلفا للوارث البائع، وانقطع تمثيل هذا الأخير للتركة وأصبح المشترى هو الممثل لها فى حدود النصيب الذى اشتراه .

ويتم انتقال الحق فى التركة أو فى نصيب منها من البائع الى المشترى بمجرد البيع سواء فيما بين الطرفين أو بالنسبة الى سائر الورثة أو الغير .

فاذا رفع دائن التركة الدعوى على الوارث البائع بعد البيع ، جاز لهذا الوارث دفعها بانعدام الصفة وجاز للمشترى التدخل فيها وطلب رفضها موضوعا . غير أنه يشترط لقبول ذلك منهما ثبوت تاريخ البيع قبل رفع دعوى الدائن وذلك تطبيقاً للمادة ٣٩٥ مدنى .

هذا فيما يتعلق بانتقال الحق فى التركة أو الحصة المبيعة كمجموع من الأموال . أما فيما يتعلق بانتقال الحق فى مفرداتها كل منها على حدة ، فيسرى ما تقضى به القواعد العامة فى شأن كل منها ، وفى هذا تقول المادة ٤٧٤ مدنى «اذا بيعت تركة فلا يسرى البيع فى حق الغير الا اذا استوفى المشترى الاجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة ، فاذا نص القانون على اجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين ، وجب أيضا أن تستوفى هذه الاجراءات». والمقصود بالحق فى هذا النص ليس الحق فى التركة أو فى الحصة المبيعة كمجموع ؛ بل كل حق على حدة من مفردات تلك التركة .

فاذا كانت فى التركة منقولات مادية انتقلت ملكيتها الى المشترى بمجرد العقد فى حدود الحصة المبيعة دون حاجة الى أى اجراء خاص أو تسليم أو غيره ، وذلك سواء فيما بين العاقدين أو بالنسبة الى الغير . فيصبح المشترى شريكا لباقى الورثة فى كل منقول داخل فى التركة ويجوز له بهذا الوصف أن يطالبهم بقسمة المنقولات قسمة نهائية أو قسمة مهايأة .

أما العقارات الداخلة فى التركة ، فلا تنتقل ملكية كل منها الى المشترى

حتى فى علاقته بالوارث البائع الا بتسجيل عقد البيع مع مايثبت دخول كل من هذه العقارات فى التركة فعلا ، كمستخرج رسمى من سجل المكلفات باسم المورث. والى أن يتم هذا التسجيل بالنسبة الى جميع عقارات التركة يكون المشترى مالكا الحق فى التركة أو فى حصة شائعة منها باعتبارها مجموعا من المال ولكنه لايكون مالكا العقار الذى لم يتم تسجيل البيع بالنسبة اليه. فان باع الوارث هذا العقار الى مشتر ثان وتمكن هذا من تسجيل عقده قبل أن يتمكن مشترى التركة من التسجيل انتقلت اليه الملكية دون مشترى التركة ولم يكن لهذا الأخير سوى الرجوع بالتعويض على الوارث البائع .

فاذا وجدت فى التركة حقوق دائنية ، فتسرى عليها أحكام حوالة الحقوق ، وينتقل كل من هذه الحقوق الى المشترى فى حدود النصيب الذى اشتراه فى التركة بمجرد العقد ، ولكن انتقاله لا ينفذ قبل المدين ولا ازاء الغير الا اذا قبل المدين الحوالة فى محرر ثابت التاريخ أو أعلن بها وفقا لأحكام المادة ٣٠٥ مدنى .

٣٢١ — (٢) التزامات البائع — يلتزم البائع أولا بأن يسلم المشترى مشتملات التركة من عقارات ومنقولات بالحالة التى تكون عليها وقت البيع ، لأن كل زيادة فى القيمة عن وقت موت المورث أو نقص فيها بالنسبة لأى من هذه العقارات أو المنقولات يعتبر أنه قد دخل فى تقدير الطرفين عند تحديد ثمن البيع .

فلا يكون للوارث البائع أن يطالب المشترى بشىء مقابل ما أنفقه على بعض أعيان التركة حتى وقت البيع ولا يكون للمشترى أن يطالب البائع بشىء نظير ما أصاب بعض هذه الأعيان من تلف فى الفترة ما بين موت المورث وحصول البيع .

ولكن لأن البيع يعتبر واردا على جميع مشتملات التركة وقت موت

المورث ، فانه يشمل جميع الحقوق التى كانت قائمة فى ذمة المورث عند وفاته وثمارها ، ولو كان بعضها قد انقضى بالوفاء فى الفترة ما بين موت المورث والبيع . ولذلك نصت المادة ٤٧٥ مدنى على أنه اذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون أو باع شيئاً مما اشتملت عليه ، وجب أن يرد للمشترى ما استولى عليه ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد» فيلزم البائع بأن يرد الى المشترى ما حصله من الحقوق التى كانت داخلة فى التركة وقت وفاة المورث أو التى دخلت فيها بعد ذلك ، فاذا كان الوارث قد حصل ثمار بعض أعيان التركة أو قبض بعض الديون المستحقة لها أو باع منقولاتها ، التزم أن يرد للمشترى قيمة ذلك ما لم يكن قد احتفظ بها صراحة عند البيع .

وهو يلتزم ثانياً بضمان محدود ، ذلك أن عقد بيع التركة ، مع أنه عقد احتمالى لا يترتب عليه فى الأصل ضمان ، يلزم البائع أن يضمن على الأقل وراثته لهذه التركة . ويترتب هذا الضمان فى ذمته بحكم القانون ، اذ نصت المادة ٤٧٣ مدنى على أن « من باع تركة ، دون أن يفصل مشتملاتها ، لا يضمن الا ثبوت وراثته ما لم يتفق على غير ذلك » . وظاهر أن هذا النص مقرر لارادة الطرفين فيجوز لهما الاتفاق على زيادة هـذا الضمان أو نقصه أو استبعاده استبعاداً تاماً ، بل يجوز الاتفاق على اعفاء البائع حتى من ضمان وراثته ، وفى هذه الحالة اذا ثبت بعد البيع أن البائع لم يكن وارثاً أصلا لم يكن للمشترى رجوع عليه الا اذا أثبت أن البائع قد دلس عليه وأوهمه أنه وارث مع علمه بعدم صحة ذلك .

٣٢٢ — (٣) التزامات المشترى — يحل المشترى محل البائع فى جميع حقوقه فى التركة ، فيتحمل نتيجة التصفية بدلا منه ، ويأخـذ نصيبه فى صافى الأموال ، ويدفع ما يقابل نصيبه فى الأموال التى يراد تفادى بيعها سداداً لديون التركة . واذا كان البائع قد سبق أن سدد

من ماله الخاص شيئاً من ديون التركة أو أنفق عليها مصروفات ضرورية أو نافعة ، التزم المشترى أن يرد الى البائع ما سدده من ديون أو ما يستحقه فى مقابل ما أنفق من مصروفات ، واذا كان البائع دائناً للتركة وجب على المشترى أن يسدد له دينه أو أن يحاسبه عليه ، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك (المادة ٤٧٦ مدنى) .

٣٢٣ — (٤) آثار بيع التركة بالنسبة الى الغير — نصت المادة ٤٧٤ مدنى على أنه « اذا بيعت تركة فلا يسرى البيع فى حق الغير الا اذا استوفى المشترى الاجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة . فاذا نص القانون على اجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين وجب أيضاً أن تستوفى هذه الاجراءات » .

ولم يتناول هذا النص الا أمر نقل حقوق التركة ، فان كانت تلك الحقوق عينية فان نقلها لا يتم بالنسبة الى الغير الا بشهر البيع ، وان كانت حقوقاً شخصية وجب فى نقلها بالنسبة للغير أن يستوفى البيع ما يلزم لذلك فى حوالة الحقوق ، أى اعلان مدينى التركة بهذا البيع أو قبولهم اياه فى ورقة ثابتة التاريخ .

أما ديون التركة فلا بد من وفائها من أموال التركة .

الفصل الخامس

البيع فى مرض الموت

٣٢٤ — عدم افراد حكم خاص للبيع الذى يصدر من البائع فى مرضه موته — الأصل أن الانسان يملك أن يتصرف فى جميع أمواله لمن يريد، وأن حريته فى ذلك لا يحد منها الا حبه لنفسه وحرصه على ألا يتجرد من ماله حال حياته، فيجوز للمرء أن يبيع أو يهب كل أموله أو بعضها دون أن يكون لأحد حق مراجعته أو الاعتراض عليه، لأنه انما يتصرف بذلك فى خالص حقه. أما أن احتفظ بأمواله طوال حياته وتصرف فيها كلها أو بعضها تصرفاً لا ينفذ الا بعد موته، فان هذه التصرفات لا يعود منها عليه أى ضرر طالما انها لن تنفذ حال حياته، وانما يقتصر أثرها على اخراج المال المتصرف فيه من تركته، فيضار الورثة بذلك من دونه. وهذا هو شأن الوصية.

لذلك فرض المشرعون فى أكثر البلاد قيوداً على الحق فى الايصاء، فقيدوا الموصى فيما يجوز له الايصاء به، وحددوا له قدراً من ماله يكون له فيه حق الايصاء quotité disponible وقدراً لا يجوز فيه الايصاء مراعاة لحق الورثة الشرعيين réserve légitime بحيث لا تنفذ الوصية اذا جاوزت القدر الأول الا فى حدوده.

فاذا أراد أى شخص أن يتصرف الى غيره تبرعا بكل ماله أو بما يجاوز منه القدر الجائز الايصاء به لم يكن له من سبيل الى ذلك الا أن يهب غيره هذا المال حال حياته، فتنفذ الهبة فى حقه أو لا اثم فى حق ورثته من بعده. ولم ير المشرع داعياً لتقييد حق الشخص فى التبرع حال حياته لأنه قدر أن حرص المرء

على ألا يجرد نفسه من ماله كفيل بالحد من رغبته فى التبرع طالما بقى له الأمل فى حياة لا يعرف مداها ، ولكنه قدر أيضاً أن هذا الحرص يزول متى شعر الشخص بدنو أجله وقرب انتقال أمواله الى ورثته اذ تنطلق حينئذ رغبته فى ايثار بعض الناس على ورثته كلهم أو بعضهم ، فيهب الأولين من امواله أكثر من القدر الذى يجوز له الايصاء به ، فلا تؤثر الهبة عليه تأثيراً يذكر اذا ما مات بعدها بقليل ولكنها تؤثر على حق الورثة بقدر ما تنقص من أموال التركة التى كان يجب أن تؤول اليهم لولا هذه الهبة . وظاهر أن أكثر ما يشعر المرء فيه بدنو أجله يكون اذا ما مرض مرضاً تغلب فيه الوفاة ، ويسمى هذا المرض مرض الموت اذا أفضى الى الوفاة فعلا . لذلك رأى المشرع المصرى أن يفرض على التبرع الحاصل فى مرض الموت مثل القيود التى قيد بها الوصية ، بل أعطى هذا التبرع حكم الوصية وجعله غير نافذ فى حق الورثة فيما يجاوز القدر الجائز الايصاء به الا اذا أقروه بعد موت المتبرع[1] . وقد اقتبس هذا الحكم من الشريعة الاسلامية . ولذلك يجب الرجوع اليها فى تعريف مرض الموت .

٣٢٥ — *تعريف مرض الموت* — يعرف فقهاء الشريعة الاسلامية مرض الموت بأنه المرض الذى يغلب فيه الهلاك ويتصل الموت به فعلا[2] .

ويؤخذ من هذا التعريف ضرورة توافر شرطين فى المرض الذى يعتبر مرض موت : الأول أن يغلب فيه الهلاك ، والثانى أن يتصل به الموت فعلا ، أى أن يموت المريض قبل أن يشفى من مرضه ولو كان موته بسبب

---

(١) ويلاحظ أنه اذا كانت الوصية سافرة ، أى أنها ناطقة باضافة التبرع الى ما بعد الموت ، فلا محل للبحث فيما اذا كانت وقعت فى مرض الموت أو حال الصحة (نقض مدنى ٢٣ فبراير ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ — ٢٤٤ — ٣٤) .

(٢) انظر النصوص التى أشار اليها السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ١٧٥ ص ٣١٢ .

آخر غير ذلك المرض[1]. ولا يشترط أن يكون المرض قد أثر على نفسية المريض أو ادراكه[2].

ويرجع فى تقدير غلبة الهلاك الى رأى الأطباء، ولا يلزم أن يقعد المرض صاحبه ولا أن يعجزه عن القيام بمصالحه خارج البيت أو داخله[3]، بل يكفى أن يكون المرض من الأمراض التى تسبب الموت عادة كالسرطان والكوليرا والذبحة الصدرية الخ. وأن يعلم المريض ذلك لأن المعول عليه هو ما يبعثه المرض فى النفس من شعور بدنو الأجل يحمل المريض على ابرام تصرفات ما كان يبرمها لو لم يشعر بذلك. ويلحق بالمرض من هذه الناحية كل خطر يحيط بالشخص ويجعل موته قريب الاحتمال كالمحكوم عليه بالاعدام والراكب فى سفينة مشرفة على الغرق والمقدم على تجربة السفر الى القمر أو المريخ فى احدى سفن الفضاء الخ.

وتنتفى غلبة الهلاك اذا أزمن المرض وظل على حاله أكثر من سنة دون

---

(١) قرب السنهورى فى الوسيط جـ٤ ص ٣١٤ وما بعدها، وهو يضيف الى هذين الشرطين شرطا ثالثاً، هو أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه العادية المألوفة التى يقوم الاصحاء عادة بمباشرتها.

(٢) نقض مدنى ٧ يونيه ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧–٦٨٧–٩٥، وأيضا نقض مدنى ٢٣ نوفبر ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ – ٨٨ – ١٧ وقد جاء فيه أن الحالة النفسية للمريض من رجاء ويأس، وان كانت هى الحكمة التى من أجلها قرر الفقهاء قاعدة أن المرض لا يعتبر مرض الموت اذا طال أمده عن سنة الا اذا اشتد، الا أنه لا يسوغ التعدى بحكمة مشروعية هذه القاعدة فى كل حالة للقول بتوافرها أو انعدامها.

(٣) قارن عكس ذلك السنهورى فى الموضع السابق الاشارة اليه، وهو يشير الى الموجود خلاف فى الرأى على هذا الشرط ويبسط أوجه الخلاف (ص٣١٥و٣١٦). ويبدو أن محكمة النقض تميل الى الأخذ بهذا الشرط اذ تقضى بأن أداء المورث بعض الأعمال فى فترات متقطعة من مدة مرضه، كقبضه مبلغاً من المال وفكه رهناً حيازياً وحصول هذه الأعمال منه قبل وبعد تحرير العقدين المطعون فيهما بصدورهما فى مرض الموت، فذلك ليس من شأنه أن ينفى ما انتهت اليه المحكمة من أن المورث كان فى فترة اشتداد مرضه عاجزاً عن أعماله العادية حتى أنه أناب عنه غيره فى مباشرتها لأن قيامه بكل ما قام به لا يمنع من اعتبار مرضه مرض موته متى كان شديداً يغلب فيه الهلاك وانتهى بموته (نقض مدنى ٢٠ أكتوبر ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣–١–١).

ازدياد[١] ، فلا يعتبر المرض مرض موت الا من وقت حدوث مضاعفات جديدة يغلب معها هلاك المريض وبشرط أن تتصل هـــذه المضاعفات بالموت فعلا[٢].

فاذا كان المرض مما يغلب فيه الهلاك، ولكنه لم يتصل بالموت فعلا ، بل شفى منه المريض ، فان ما يتم فى أثنائه من تصرفات يأخذ حكم التصرفات التى تتم حال الصحة ، ولو كان الواقع أن المريض لم يبرمه الا لاعتقاده بدنو أجله وذلك لأن حكم تصرف المريض فى مرض الموت انما شرع لمصلحة الورثة لا لمصلحة المتصرف نفسه ، فاذا شفى المريض انتفى حق الورثة فى الطعن فى تصرفه والتزم المتصرف بما أبرم من تصرفات حال مرضه .

---

(١) نقض مدنى ٢١ أبريل ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ — ١٠٢٠ — ١٣٢ وقد جاء فيه أن من الضوابط المقررة فى تحديد مرض الموت على ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر المريض فيه بدنو أجله وينتهى بوفاته . فاذا استطال المرض لأكثر من سنة فلا يعتبر مرض موت مهما يكن من خطورة هذا المرض واحتمال عدم برء صاحبه منه ، وتكون تصرفات المريض فى هذه الفترة صحيحة ، ولا تعد حالته من حالات مرض الموت الا فى فترة تزايدها واشتداد وطأتها ، اذ العبرة بفترة الشدة التى تعقبها الوفاة .

وفى هذا المعنى أيضا نقض ٨ مايو ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣—١٠٤٨—١٥٨ .

(٢) قضت محكمة النقض بأن العبرة فى اعتبار المرض الذى يطول أمده عن سنة مرض موت هى بحصول التصرف خلال فترة تزايده واشتداد وطأته على المريض للدرجة التى يغلب فيها الهلاك وشعوره بدنو أجله ثم انتهاء المرض بوفاته (نقض مدنى ١١ يونيه ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠—٤٧٦—٧٢) ، وبأن « المرض الذى يطول أمده عن سنة لا يعتبر مرض موت الا اذا اشتدت وطأته » وهو لا يعتبر كذلك الا فى فترة الشدة الطارئة . وحكمة ذلك أن فى استطالة المرض على حالة ما يدفع عن المريض اليأس من الحياة ويلحق المرض بالمألوف من عاداته وأن فيما قد يصيبه من شدة ما يقطع عنه الرجاء ويشعره بدنو أجله ، وما يعتبر بهذا الوصف شدة المرض هو من الأمور الموضوعية التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع ، ولا سبيل للجدل فيه أمام محكمة النقض » (نقض مدنى ٢٣ نوفمبر ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ — ٨٨ — ١٧) .

وكذلك اذا مرض الشخص مرضا انتهى بموته دون أن يكون ذلك المرض مما يغلب فيه الهلاك كالأنفلونزا البسيطة والروماتزم العادى وأمراض العيون أو الأسنان والجراح الخفيفة والخراجات الخ ، فان مرضه لا يعد مرض موت ، ويكون حكم ما أبرمه من تصرفات فى أثناء هذا المرض حكم التصرفات المبرمة حال الصحة .

ويعتبر وقوع التصرف حال مرض الموت أو حال اشتداد المرض الذى أزمن وانتهى الى الموت من مسائل الواقع التى لا يخضع فيها القاضى لرقابة محكمة النقض، على أن يبين نوع المرض ويقيم حكمه على أسباب سائغة[١]. وتجرى محكمة النقض على نقض الأحكام التى تقتصر على اثبات وقوع التصرف فى أثناء مرض انتهى الى الموت دون أن تبين نوع هذا المرض وهل كان الهلاك غالباً فيه وقت حصول التصرف المطعون فيه[٢]، أى انها تحتفظ لنفسها برقابة تكييف المرض الذى صدر التصرف فى أثنائه بأنه مرض موت أم لا[٣].

(١) نقض مدنى ٢٣ يونيه ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ـ٤٣٢ـ٦٨ ، وأيضا ١١ يونيه ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ـ٤٧٦ـ٧٢ .

(٢) نقض مدنى ٧ يونيه ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ـ ٩٤٠ ـ ١٤٨ ، وأيضاً نقض مدنى ١٢ يناير ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ ـ ١٧٢ ـ ٤٩ وأيضا نقض مدنى ٣٠ أبريل ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ـ٦٢٦ـ٩٨ وقد جاء فيه أن حالة مرض الموت مشروطة شرعاً بأن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك. فاذا كان الحكم المطعون فيه قد اكتفى فى اعتبار أن المورث كان مريضا مرض الموت وقت صدور التصرف المطعون فيه بأنه قعد عن مزاولة أعماله خارج المنزل فى الشهور الستة السابقة لوفاته بسبب سقوطه من فوق ظهر دابته دون بيان لنوع المرض الذى انتاب المورث وتحقق غلبة الموت فيه وقت صدور التصرف المطعون فيه، فان ذلك الحكم يكون قاصراً قصوراً يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تكييفه للمرض بأنه مرض موت.

(٣) أنظر نقض مدنى ٣ فبراير ١٩٤٩ فهرس الخمسة وعشرين سنة لأحكام النقض ص ٩٥٨ نبذة ١٤ (وقد رفض اعتبار الروماتيزم مرض موت) ، نقض مدنى ٣٠ ديسمبر ١٩٤٣ الفهرس المشار اليه ص ٩٥٩ نبذة ٢١ (وقد رفض اعتبار مرض الفالج مرض موت) ، وقضت بأنه لا يكفى مرض الموت أو اشتداد وطأته بمجرد الوفاة فى المستشفى بالتهاب رئوى أثر عملية جراحية (نقض مدنى ٧ يونيه ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ـ٦٨٧ـ٩٥)، ولا مباشرة التصرفات السابقة أو اللاحقة للتصرف المطعون فيه (نقض مدنى ٢٥ أكتوبر ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ـ١ـ١) .

٣٢٦ — حكم الشريعة الاسلامية فى التصرفات التى تتم فى مرض الموت — تقيد الشريعة الاسلامية التصرفات التى تصدر من الشخص فى مرض الموت بما يجعلها تقريباً فى حكم الوصية .

وهى فى الوصية تفرق بين الايصاء الى وارث والايصاء الى غير وارث. وفى الأولى تجعل الوصية معلقا نفاذها على اجازة الورثة أيا كان القدر الموصى به ، وفى الثانية تجعلها نافذة فى حق الورثة فى حدود ثلث التركة دون اجازة منهم ، وفيما يجاوز ذلك باجازتهم . والمعول عليه فى تعيين الورثة الذين يملكون الاجازة ثبوت الوراثة لهم وقت وفاة الموصى .

وتعتبر الشريعة الاسلامية الهبات التى تصدر من الشخص فى مرض موته فى حكم الوصية وتطبق عليها الأحكام المتقدمة. فالهبة تكون وقت ابرامها صحيحة ونافذة ولو صدرت من الواهب فى أثناء مرضه . فاذا شفى الواهب بقيت للهبة صحتها ونفاذها ، والا أصبحت غير نافذة فى حق ورثة الواهب الذين تثبت لهم هـــذه الصفة وقت موته بالقيود التى تقدم ذكرها فى شأن الوصية.

وقد طبقت الشريعة الاسلامية هذه الأحكام على البيع الذى يصدر من الشخص فى مرض موته مع بعض تعديلات بسيطة اقتضتهـا طبيعة البيع . ففرقت بين البيع الى غير وارث والبيع الى وارث .

وفى الحالة الأولى اعتبرت البيع صحيحا ونافذاً اذا تم بثمن المثل أو دونه بقليل ، وكذلك اذا تم بثمن دون المثل بكثير وكان الفرق يخرج من ثلث التركة . أما اذا كان الفرق أكثر من الثلث ، كان للورثة حق مطالبة المشترى بتكملة الثمن بحيث ينقص هذا الفرق الى ثلث التركة أو بفسخ البيع .

وفى الحالة الثانية لا يكون البيع نافذا فى حق سائر الورثة الا اذا أجازوه[1]

---

(١) المادة ٢٦٤ من مرشد الحيران .

وتكون الاجازة ضرورية وفقاً لمذهب الامام أبي حنيفة ولو كان البيع بثمن المثل لثبوت حق الورثة جميعاً فى أعيان التركة ذاتها[1] . أما الصاحبان فلا يشترطان الاجازة الا اذا كان فى البيع محاباة فى الثمن لأنهما يعتبران حق الورثة متعلقا بمالية التركة لا بأعيانها .

٣٢٧ — حكم التقنين المصرى الملغى — نص التقنين الملغى على حكم البيع الذى يصدر فى مرض الموت فى المواد ٢٥٤ — ٢٥٦/٣١٠ — ٣٢٣ وأخذ فيها بحكم الشريعة الاسلامية مع بعض التعديل. ففرق مثلها بين البيع لوارث والبيع لغير وارث .

وفيما يتعلق بالحالة الأولى نصت المادة ٢٥٤ على أن «لا ينفذ البيع الحاصل من المورث وهو فى حالة مرض الموت لأحد ورثته الا اذا أجازه باقى الورثة» . ويبين من هذا النص أنه افترض أن البيع للوارث كله محاباة أى دون ثمن أصلا ، فطبق عليه حكم الوصية كاملا . غير أن هذا الفرض قابل لاثبات العكس فيجوز للمشترى أن يثبت أن البيع تم بثمن المثل . ولكن المشرع لم يصرح بحكم البيع عند ثبوت ذلك . وقد تقدم أن الامام أبا حنيفة يرى أن ذلك لا يغنى عن اجازة الورثة ، وأن الصاحبين يقولان فى هذه الحالة بنفاذ البيع دون حاجة الى الاجازة . وقد أخذت المحاكم المختلطة فى ذلك برأى الامام، ولكن رأى الصاحبين هو الذى رجح فى القضاء الوطنى وفى الفقه المصرى .

وفيما يتعلق بالحالة الثانية نصت المادتان ٢٥٥ و ٢٥٦ على أن «يجوز الطعن فى البيع الحاصل فى مرض الموت لغير وارث اذا كانت قيمة المبيع زائدة على ثلث مال البائع» ، «فاذا زادت قيمة المبيع على ثلث مال البائع وقت البيع ألزم المشترى بناء على طلب الورثة اما بفسخ البيع أو بأن يدفع

---

(١) المادة ٣٦٣ من مرشد الحيران .

التركة بما نقص من ثلثي مال المتوفى وقت البيع ، وللمشترى المذكور الخيار بين الوجهين المذكورين » .

وقد أخذ على هذين النصين أنهما ابتعدا عن حكم الشريعة الاسلامية فى أكثر من موضع .

فبينما تقضى الشريعة الاسلامية بصحة البيع الصادر لغير وارث بثمن المثل أو دونه بقليل . وتجعل اجازة الورثة غير ضرورية فى الحالة التى يكون فيها البيع ساتراً هبة أو محاباة تجاوز قيمتها القدر الجائز الايصاء به ، فان التقنين الملغى كان ينشىء قرينة قاطعة على أن البيع الذى يتم فى مرض الموت انما كله هبة مستترة فى صورة عقد بيع ، وبناء على ذلك يعول فى تقدير نفاذه على قيمة المبيع كله لا على قيمة ما وقعت فيه المحاباة فحسب .

وكذلك فيما يتعلق بتقدير النسبة بين المبيع وأموال المورث ، فالشريعة الاسلامية تعول على النسبة بين القدر المحابى فيه وبين تركة المتصرف ، فتجعل البيع نافذاً فى حقوق الورثة اذا كان القدر المحابى فيه يخرج من ثلث التركة أى من ثلث صافى أموال المتصرف التى يتركها عند موته . فى حين أن التقنين الملغى كان يشترط فى نفاذ البيع فى حق الورثة أن تكون قيمة المبيع بحيث لا تجاوز ثلث قيمة أموال المتصرف وقت صدور البيع منه

وقد حار الشراح فى تعليل هذا الاختلاف ، وانتهت غالبيتهم الى أنه اختلاف غير مقصود لأنه لا يوجد ما يدل على أن المشرع المصرى قصد أن يحيد عن حكم الشريعة الاسلامية ، وقالوا بضرورة تفسير هذه النصوص بما لا يخرج عن حكم تلك الشريعة[1].

٣٢٨ – حكم التقنين المدنى الحالى – قبيل صدور التقنين المدنى الحالى صدر القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوصية ، مقننا أحكام الشريعة

(١) أنظر فى ذلك الهلالى وحامد زكى نبذة ٢١٦ وما بعدها ، كامل مرسى نبذة ٢٦٠ وما بعدها ، امام (فى كتابنا المشترك) نبذة ٢٩٩ .

الاسلامية مع تعديل جوهرى فيها من شأنه اجازة الوصية لوارث بالشروط والقيود التى تجوز بها الوصية لغير الوارث (المادة ٣٧ من القانون المذكور)، فتعين مراعاة ذلك عند تنقيح القانون المدنى فيما يتعلق بتصرفات المريض وبالبيع الذى يصدر فى مرض الموت، حيث قنن التقنين الحالى أحكام الشريعة الاسلامية فى هذا الشأن مع تحاشى الأخطاء التى كان قد وقع فيها التقنين الملغى، بأن تناول فى المادة ٩١٦ حكم التبرعات التى تقع فى مرض الموت، ثم تناول فى المادتين ٤٧٧ و ٤٧٨ حكم البيع فى مرض الموت[1] .

٣٢٩ — (أ) *حكم تبرعات المريض* — اذا تبرع المريض نفذ التبرع فى حقه حال حياته . فاذا انتهى به المرض الى الموت ، سرت على تبرعه أحكام الوصية بمعنى أن هذا التبرع ، سواء كان لوارث أو لغير وارث ، ينفذ فى حق الورثة فى حدود ثلث التركة دون حاجة الى اجازتهم ، ويتوقف على اجازتهم فيما جاوز هذا القدر .

ويشترط فيما ينطبق عليه حكم الوصية وفقاً للمادة ٩١٦ فقرة أولى توافر شرطين : الأول أن يكون قد تم فى مرض الموت ، والثانى أن يكون تبرعاً . فاذا صدر التبرع فى حال الصحة أو صدر البيع بثمن المثل فى مرض الموت ، كان التصرف صحيحاً نافذاً فى حق الورثة . والأصل أن يكون على الورثة الذين يطعنون فى تصرف مورثهم بأنه تبرع وقع فى مرض الموت عبء اثبات هذين الشرطين .

ويقتضى ذلك أولا أن يثبت الورثة أن مورثهم قد انتابه مرض يغلب فيه الهلاك وأن هذا المرض قد انتهى الى موته ، وأن يثبتوا تاريخ بدء هذا المرض ، ويكون اثبات هذا كله فى الغالب بتقارير الأطباء[2] وبشهادات الشهود[3] .

(١) راجع ماتقدم فى نبذة ٢٩ ص ٣٦ وما بعدها .
(٢) نقض مدنى ٢٥ أكتوبر ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ — ١ — ١ ، وأيضاً ٢٣ مارس ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ — ٣٦٥ — ٩٢ .
(٣) نقض ٢ مارس ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ — ٣٠٦ — ٨٠ .

ومتى ثبت مرض الموت وتعين تاريخه ، بقي على الورثة أن يثبتوا أن التصرف الصادر من مورثهم والذى يطعنون فيه قد صدر منه بعد التاريخ الذى ابتدأ فيه مرض الموت . والغالب أن يكون هذا التصرف مدوناً فى ورقة رسمية أو عرفية . وفى الحالة الأولى تكفى مقارنة تاريخ الورقة الرسمية بتاريخ بدء المرض للجزم بصدور التصرف فى مرض الموت أو قبله . أما فى الحالة الثانية فيحتمل أن تكون الورقة العرفية قد حررت بعد بدء مرض الموت وأن تكون قد أرخت بتاريخ سابق على ذلك لكى تبدو سابقة على مرض الموت تفادياً لتطبيق حكم الوصية على التصرف المدون فيها . فان كان تاريخ الورقة العرفية ثابتاً بوجه رسمى، كان شأنه شأن تاريخ الورقة الرسمية، والا تعين البحث فى مدى حجيته بالنسبة الى الورثة .

وقد كان الأمر محل خلاف فى ظل التقنين الملغى ، وكانت أغلبية الفقه والقضاء تعتبر الوارث الذى يطعن فى تصرف مورثه بصدوره فى مرض الموت غيراً فيما يتعلق بثبوت تاريخ الورقة العرفية المدون فيها هذا التصرف، وبالتالى لا تسلم بأى حجية لهذا التاريخ على الوارث ما دام التاريخ غير ثابت بوجه رسمى ، وتعتبر التصرف المدون فى الورقة العرفية تالياً لبدء مرض الموت لمجرد عدم ثبوت تاريخ هذه الورقة بوجه رسمى طبقا للمادة ٢٢٨ مدنى قديم المقابلة للمادة ٣٩٥ من التقنين الحالى[١] .

وقد بينا خطأ هذا الرأى ومخالفته للمبادىء العامة، وأن الوارث فى هذه الحالة لا يعتبر فيما يتعلق بثبوت تاريخ الورقة العرفية الموقعة من مورثه غيراً بل خلفاً عاماً يحتج عليه بتاريخ تلك الورقة كما كان يحتج به على مورثه حجية قابلة لاثبات العكس ، ويقع عليه هو عبء اثبات عدم صحة التاريخ المدون فى الورقة العرفية ووقوع التاريخ الحقيقى الذى حررت فيه هذه الورقة

---

(١) انظر عرض هذا المذهب فى كتابنا أصول الاثبات سنة ١٩٥٢ هامش ص ٩٧ ، وفى كتابنا الأخير فى الأدلة الخطية واجراءاتها ، سنة ١٩٦٧ ص ١٩٤ وما بعدها .

في أثناء مرض الموت[1] . وقد أخذ المشرع بذلك في التقنين الحالي حيث قرر في المادة ٩١٦ فقرة ثانية أن « على ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولهم اثبات ذلك بجميع الطرق[2] .... » .

وخلاصة القول فيما يتعلق باثبات حصول التصرف في مرض الموت ان التاريخ العرفي للتصرف يكون حجة على الورثة ، ويقع عليهم هم عبء اثبات أن ذلك التصرف قد وقع في تاريخ لاحق للتاريخ المذكور حصوله فيه بحيث يكون تالياً لبدء مرض الموت .

وفيما يتعلق بالشرط الثاني ، قد أعفى المشرع الورثة من عبء اثبات تبرعية التصرف ، اذ نص في المادة ٩١٦ فقرة ثالثة على أنه « اذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت ، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك ، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه » ، أي ان المشرع قد أنشأ قرينة قانونية بسيطة

---

(١) راجع بحثنا في قوة المحررات العرفية في الاثبات وحجيتها بتاريخها على الوارث الذي يطعن فيها بصدورها في مرض الموت ، مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٥١ وما بعدها . وقد أقرنا على هذا الرأي الأستاذ السنهوري في الوسيط ج ٢ ص ٢٠٥ و٢٠٦ وتبعنا فيه أكثر الشراح الحديثين. راجع في تفاصيل هذا الموضوع وآراء الشراح وأحدث أحكام المحاكم كتابنا في الادلة الخطية وأجراءاتها سنة ١٩٦٧ ص ١٩٤ وما بعدها، وانظر بوجه خاص نقض مدني ٩ يناير ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥–٤٣–١٠ ، ١٣ يناير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧–١٢٣–١٧ .

(٢) ولا عبرة ببقية النص التي تقول بعد ذلك « ... ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً » لأن هذه العبارة الأخيرة قد جاوزت قصد المشرع كما أثبتنا ذلك في كتاب أصول الاثبات في المواد المدنية سنة ١٩٥٢ ص ٩٩ في الهامش وفي موجز أصول الاثبات سنة ١٩٥٧ ص ٧٤ ، وأخيراً في كتابنا في الأدلة الخطية واجراءاتها سنة ١٩٦٧ ص ١٩٩ وما بعدها . انظر أيضاً في هذا المعنى الأستاذ السنهوري في الوسيط ج ٢ ص ٢٥٨ وما بعدها وهوامشها .

على أن كل تصرف يثبت وقوعه فى مرض الموت يكون تبرعاً ، وبالتالى تسرى عليه أحكام الوصية ، ما لم يثبت المتصرف اليه أن التصرف لم يكن تبرعاً بل بمقابل ، وحينئذ لا يسرى عليه حكم المادة ٩١٦ بل يسرى عليه حكم المادة ٤٧٧ الخاصة بالبيع فى مرض الموت . ويجوز اثبات المعاوضة بكافة الطرق ولو كانت قيمة العقد تجاوز نصاب البينة ، وذلك وفقاً للقاعدة العامة فى اثبات عكس القرائن القانونية ، ولا يجوز الاستناد فى ذلك الى نص العقد ذاته ولو كان وارداً فيه أن المتصرف قبض الثمن كله فور التعاقد لأن المشرع بانشائه القرينة المذكورة قد أهدر نص العقد فى هذا الشأن وأصبح يتعين اثبات المعاوضة بغير هذا النص .

٣٣٠ — (ب) *حكم بيع المريض* — تنص المادة ٤٧٨ على أنه :

١ — اذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت ، فان البيع يسرى فى حق الورثة اذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته .

٢ — أما اذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة، فان البيع فيما يجاوز الثلث لا يسرى فى حق الورثة الا اذا أقروه أو رد المشترى للتركة ما يفى بتكملة الثلثين .

٣ — ويسرى على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة ٩١٦ » .

ويؤخذ منها بطريق مفهوم المخالفة أنه اذا كان البيع بثمن المثل ، فانه مع صدوره من البائع فى مرض موته يكون نافذاً فى حق الورثة دون حاجة الى اجازتهم أو اقرارهم اياه[1]. وهذا مطابق لرأى الصاحبين ومخالف لرأى الامام أبى حنيفة .

---

(١) ويستوى فى ذلك أن يكون البيع لوارث أو لغير وارث (السنهورى فى الوسيط جـ٤ نبذة ١٨٤) .

أما اذا كان البيع بأقل من ثمن المثل فان القدر المحابى به تسرى عليه أحكام الوصية .

فاذا كان هذا القدر يخرج من ثلث التركة ، فان البيع ينفذ فى حق الورثة دون حاجة الى اقرارهم اياه . ويحسب قدر المحاباة بقدر الفرق بين ثمن البيع وقيمة المبيع وقت موت البائع لا وقت العقد ، ويحسب ثلث التركة مع دخول المبيع فيها[1].

أما اذا كان القدر المحابى به يجاوز ثلث التركة، فان البيع فيما يتعلق بالقدر من المحاباة الذى يجاوز الثلث لا ينفذ فى حق الورثة الا اذا أقروه أو قبل المشترى أن يزيد الثمن بمقدار الفرق بين القدر المحابى به وثلث التركة[2].

ويستوى فى كل ما تقدم أن يكون البيع صادراً لوارث أو لغير وارث (المادة ١/٤٧٧ مدنى والمادة ٣٧ من القانون ١٩٤٦/٧١) .

٣٣١ — اقرار البيع فى القدر المحابى به الذى يجاوز ثلث التركة — تعتبر الشريعة الاسلامية البيع الصادر فى مرض الموت موقوفاً على اجازة الورثة فيما يتعلق بالقدر المحابى به الذى يجاوز ثلث التركة ، وتنظم القواعد التى تحكم هذه الاجازة . أما القانون المدنى فيعتبر ذلك البيع صحيحاً بين العاقدين ولكنه غير نافذ فى حق الورثة الا اذا أقروه . وكثيراً ما خلط الفقه والقضاء بين التصويرين واستعملوا لفظ الاجازة الذى يعبر عن التصوير الشرعى بدلا من لفظ الاقرار الذى يعبر عن تصوير القانون الوضعى[3] .

---

(١) السنهورى فى الوسيط ج٤ نبذة ١٨٥ .

(٢) المرجع السابق نبذة ١٨٦ .

(٣) من ٤ نبذة ٢٢٧ ورب ٤ ٦ نبذة ٣٢ كتابنا فى نظرية العقد سنة ١٩٥٦ ، وشرح القانون المدنى ، ج٢ ، فى الالتزامات سنة ١٩٦٤ ص ٢٠٤ .

وقد حرص المشرع فى التقنين الحالى على أن يستعمل فى المادة ٤٧٧ فقرة ثانية لفظ الاقرار ، فنص على أن لا يسرى البيع فى حق الورثة الا اذا أقروه .

والمقصود بالورثة الذين يثبت لهم حق اقرار التصرف الأشخاص الذين ينحصر فيهم ارث المتصرف وقت موته[1] . ولا يعتد باقرارهم السابق على موت المتصرف ولو دونوه كتابة في ذيل المحرر المثبت لتصرف المريض ، لأن حقهم فى الارث وبالتالى فى اقرار تصرفات المورث لا يثبت لهم الا عند موت الأخير ، ولا يجوز لهم النزول عن هذا الحق قبل قيامه .

ويشترط فى صحة اقرار الورثة تصرفات مورثهم الصادرة منه فى مرض موته ، فوق صدور هذا الاقرار بعد موته ، أن يكون الورثة من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه ، فيجب أن يكون الوارث المقر عاقلا بالغاً رشيداً ، والا فانه لا يكون أهلا للتبرع ويقع اقراره باطلا بطلاناً مطلقاً ، لأنه اسقاط دون مقابل لحق ثابت فى التركة ، فيكون غير البالغ رشيداً معدوم الأهلية بالنسبة اليه ويجب أن يكون الاقرار صادراً من الوارث عن بينة من الأمر ، أى أن يكون الوارث عالما بأن تصرف مورثه غير نافذ فى حقه بسبب صدوره فى مرض الموت وأنه يملك التمسك بعدم نفاذه وعدم اقراره ، والا كان الاقرار ذاته قابلا للابطال .

فان أقر الورثة التصرف صار نافذاً فى حقهم كما لو كان صادراً من مورثهم حال صحته ، وان لم يقروه لم ينفذ فى حقهم فيما يتعلق بالقدر المحابى به الزائد على ثلث التركة . وان أقره البعض الآخر نفذ فى حق من أقروه فقط بنسبة أنصبتهم فى الميراث ولم ينفذ فى حق الآخرين بالنسبة الى أنصبتهم .

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ٤ نبذة ١٨٤ .

ويترتب على عدم اقرار الورثة كلهم أو بعضهم البيع فيما يتعلق بالقدر المحابي به الزائد على ثلث التركة أن يلتزم المشترى بأن يرد الى التركة ذلك القدر كله أو بعضه الذى يخص الورثة الذين لم يقروا البيع أو قيمته . ومؤدى هذا الالتزام بالرد أن الجزء الواجب رده يعتبر بيعه — بالنسبة الى الورثة الذين لم يقروا البيع — موقوفا نفاذه فى حقهم على دفع قيمته الى التركة . فاذا لم يقم المشترى بدفع هذه القيمة اعتبر القدر المذكور باقيا على ذمة التركة وجاز للورثة استرداده .

٣٣٢ — *حماية الغير الذى تعامل مع المشترى بحسن نية* — على أن الغالب أن تمضى فترة غير قصيرة بين صدور البيع فى مرض الموت وبين وفاة المتصرف وظهور عدم نفاذ البيع فى حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة . وفى هذه الأحوال يحدث كثيراً أن يتصرف المشترى الى آخر أو يرتب له حقا عينيا على المبيع . فمتى حدثت الوفاة وظهر أن الورثة لا يقرون التصرف واستعملوا حقهم فى أن يستردوا من المشترى القدر المحابى به الذى يجاوز ثلث التركة ، كان لهم وفقا للقواعد العامة أن يستردوه ولو من الغير الذى تلقى ملكيته من المشترى . وعندئذ يضار ذلك الغير بتطبيق أحكام البيع الصادر فى مرض الموت . فاذا كان هذا الغير قد تلقى حقه بحسن نية وبعوض ، فان السماح بالحاق الضرر به من هذا الطريق يكون من الظلم البين ، فتقتضى العدالة حماية الغير حينئذ من الضرر الذى يصيبه من تطبيق تلك القواعد . ولذلك نصت المادة ٤٧٨ على أن « لا تسرى أحكام المادة السابقة اضراراً بالغير حسن النية اذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على العين المبيعة » .

وبناء على ذلك فان من يكسب حقا على المبيع الذى يطالب الورثة باسترداده تطبيقا لأحكام البيع الصادر فى مرض الموت يحميه القانون ضد

هذا الاسترداد اذا توافر فيه شرطان : الأول أن يكون هذا الغير قد كسب حقه على المبيع بعوض، والا فان الورثة يكونون أولى منه بالحماية. ويلاحظ أنه اذا كان المبيع عقاراً فان الغير لا يعتبر أنه كسب عليه حقاً الا اذا قام بتسجيل السند المنشىء لحقه متى كان هذا الحق حقاً عينياً أصليا ، أو بقيد حقه اذا كان من الحقوق العينية التبعية كالرهن والاختصاص . والشرط الثانى أن يكون الغير حسن النية أى أن يجهل وقت تعامله مع المشترى ما يهدد حقه بالزوال .

فاذا توافر هذان الشرطان جاز للغير أن يدفع دعوى الورثة التى يطلبون بها استرداد القدر المحابى به فيما يجاوز ثلث التركة ، وأن يحتفظ بحقه الذى كسبه . فان كان قد تلقى الملكية من المشترى لم يجز نزعها منه ، وان كان قد ترتب له حق عينى تبعى على المبيع استرد الورثة ملكية المبيع من المشترى محملة بهذا الحق الأخير لمصلحة الغير (١).

٣٣٣ — قصر تطبيق هذه الأحكام على المصريين دون الأجانب — يبين مما تقدم أن القانون المصرى يلحق البيع الصادر فى مرض الموت بالوصية ويطبق عليه أحكامها .

ولأن الوصية تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية التى يطبق فيها القانون تطبيقاً شخصياً ، فان أحكام البيع الصادر فى مرض الموت تطبق أيضا تطبيقا شخصيا ، فتسرى على المصريين دون الأجانب(٢) .

---

(١) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٣١١ فى الهامش ١، كامل مرسى نبذة ٢٦٤ ص ٥٠١ ، البدراوى نبذة ٤٢٤ .

(٢) السنهورى فى الوسيط جـ٤ نبذة ١٨٨ .

واذا قلنا ان هذه الأحكام تطبق تطبيقا شخصياً ، فان المقصود بذلك تطبيقا شخصيا فى ميدان التنازع الدولى للقوانين حيث يكون التنازع بين قوانين جنسيات مختلفة . أما فى ميدان التنازع الداخلى للقوانين حيث يكون التنافس بين قوانين ديانات مختلفة لطوائف المصريين المتعددة ، فان أحكام البيع فى مرض الموت لاتطبق تطبيقا شخصيا لأنها كأحكام المواريث والوصية والأهلية صارت موحدة تسرى على جميع المصريين على اختلاف دياناتهم .

« تم بعون الله تعـــالى »

فهرس الكتاب

مقدمة

صفحة

تمهيد

القسم الأول

فى البيع بوجه عام

فصل تمهيدى فى التعريف بالبيع وخصائصه

الباب الأول
ابرام عقد البيع

صفحة

الفرع الأول
أركان البيع

الفصل الأول — ركن الرضا

المبحث الأول — الايجاب الموجه الى الجمهور

المبحث الثانى — البيوع الموصوفة

المبحث الثالث — الوعد بالبيع والوعد بالشراء

صفحة

المبحث الرابع — التعاقد بطريق النيابة

المبحث الخامس — تفسير عقد البيع

الفصل الثانى — محل البيع

المبحث الأول — المبيع

المطلب الأول — شرط وجود المبيع

§ ١ — هلاك المبيع وقت العقد

§ ٢ — بيع الأموال المستقبلة

صفحة

المطلب الثانى — تعيين المبيع

المطلب الثالث — جواز التعامل فى المبيع

المطلب الرابع — ملكية المبيع للبائع

المبحث الثانى — الثمن

§ ٢ـ الغبن والاستغلال

الفصل الثانى ـ أهلية العاقدين

المبحث الأول — فى الأهلية

المبحث الثانى — فى الولاية

الفصل الثالث ـ جزاء شروط الصحة

صفحة

الباب الثانى

آثار عقد البيع

الفصل الأول – التزامات البائع

المبحث الأول – الالتزام بنقل ملكية المبيع

المطلب الأول – نقل الملكية فى المنقول المعين بالذات

المطلب الثانى – نقل ملكية المنقول المعين بالنوع

المطلب الثالث – نقل ملكية العقار المبيع

§ ١ – نظام الشهر العقارى ووسائله بوجه عام

§ ٢ – التسجيل واجراءاته و تصرفات التى تخضع له

§ ٣ – الالتزام بنقل ملكية العقار المبيع وتنفيذه وفقاً لقانون التسجيل وقانون الشهر العقارى

صفحة

المبحث الثانى — الالتزام بتسليم المبيع

صفحة

المبحث الثالث — التزام الضمان

§ ١ — ضمان التعرض والاستحقاق

§ ٢ — ضمان العيوب الخفية

صفحة

الفصل الثانى — التزامات المشترى

المبحث الأول — التزام المشترى بالثمن

المبحث الثانى — التزام المشترى بنفقات عقد البيع وبتسلم المبيع

الباب الثالث

انحلال عقد البيع

المبحث الأول — أسباب الانحلال وطرقه

§ ١ — الفسخ لعدم وفاء أحد المتعاقدين التزامه

صفحة

§ ٢ – انفساخ البيع لهلاك المبيع بسبب أجنبي

المبحث الثانى — آثار انحلال عقد البيع

§ ١ — فيما بين البائع والمشترى

§ ٢ — بالنسبة الى الغير

القسم الثانى

أحكام خاصة ببعض أنواع البيع

الفصل الأول — بيع الوفاء

صفحة

الفصل الثاني — بيع ملك الغير وبيع المال المملوك شيوعا

المبحث الأول — بيع ملك الغير

صفحة

المبحث الثانى — بيع المال المملوك شيوعا

الفصل الثالث — بيع الحقوق المتنازع عليها

الفصل الرابع — بيع التركات

الفصل الخامس — البيع فى مرض الموت

للمؤلف : (آ) كتب باللغة العربية :

١ — نظرية دفع المسئولية المدنية ، رسالة الدكتوراه ، سنة ١٩٣٦

٢ — أصول الاثبات فى المواد المدنية ، الطبعة الثانية ، سنة ١٩٥٢

٣ — عقد البيع (بالاشتراك مع الأستاذ الدكتور محمد على امام) سنة ١٩٥٣

٤ — موجز المدخل للعلوم القانونية ، سنة ١٩٥٣

٥ — الفعل الضار ، الطبعة الثانية ، سنة ١٩٥٦

٦ — نظرية العقد ، سنة ١٩٥٦ ٧ — موجز أصول الاثبات، سنة ١٩٥٧

٨ — أحكام الالتزام ، سنة ١٩٥٧ ٩ — موجز البيع والايجار ، سنة ١٩٥٨

١٠ — المسئولية المدنية فى قوانين البلاد العربية ، الجزء الأول فى الأحكام العامة ، سنة ١٩٥٨ ، والجزء الثانى فى المسئوليات المفترضة ، سنة ١٩٦٠

١١ — التأمينات العينية ، الطبعة الثانية ، سنة ١٩٥٩

١٢ — عقد الكفالة ، الطبعة الثانية ، سنة ١٩٥٩

١٣ — أصول الالتزامات ، الجزء الأول : مصادر الالتزام ، سنة ١٩٦٠

١٤ — الاثراء على حساب الغير فى تقنينات البلاد العربيه ، الجزء الأول فى الأحكام العامة سنة ١٩٦١ ، والجزء الثانى فى قبض غير المستحق ١٩٦٢ ، والجزء الثالث فى الفضالة سنة ١٩٦٩

١٥ — شرح قانون ايجار الأماكن ، الطبعة الرابعة المزيدة ، سنة ١٩٦٦

١٦ — شرح القانون المدنى : مجموعة فى أربعة أجزاء صدر منها الجزء الأول فى المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدى من التقنين المدنى سنة ١٩٥٧ ، والجزء الثانى فى الالتزامات سنة ١٩٠٤ ، والجزء الثالث المجلد الأول فى عقد البيع سنة ١٩٦٨ ، والمجلد الثانى فى عقد الايجار سنة ١٩٦٨

١٧ — الأدلة الخطية واجراءاتها فى تقنينات البلاد العربية ، سنة ١٩٦٧

١٨ — مسئولية الراعي المفترضة عن فعل المرعى (دراسة فى القانون المدنى مع التعمق والمقارنة بين القانون الفرنسى وقوانين البلاد العربية) سنة ١٩٦٨

(ب) باللغة الفرنسية :

١٩ — Essai d'une théorie générale sur les causes légales d'exonération de la responsabilité civile. Le Caire. 1936.

٢٠ — Introduction à l'étude du Droit civil (avec la collaboration de M. le Prof. Ch. Chehata). 1938.

٢١ — Les obligations, tome I. Le Contrat 1949.

٢٢ — Le louage de choses, 1947.

Le contrat de vente, 3ème édition, 1960.

مطبعة النهضة الجديدة
١٩ شارع أرض الحرمين . الظاهر . القاهرة
ت : ٩٢٣٥٤٢

